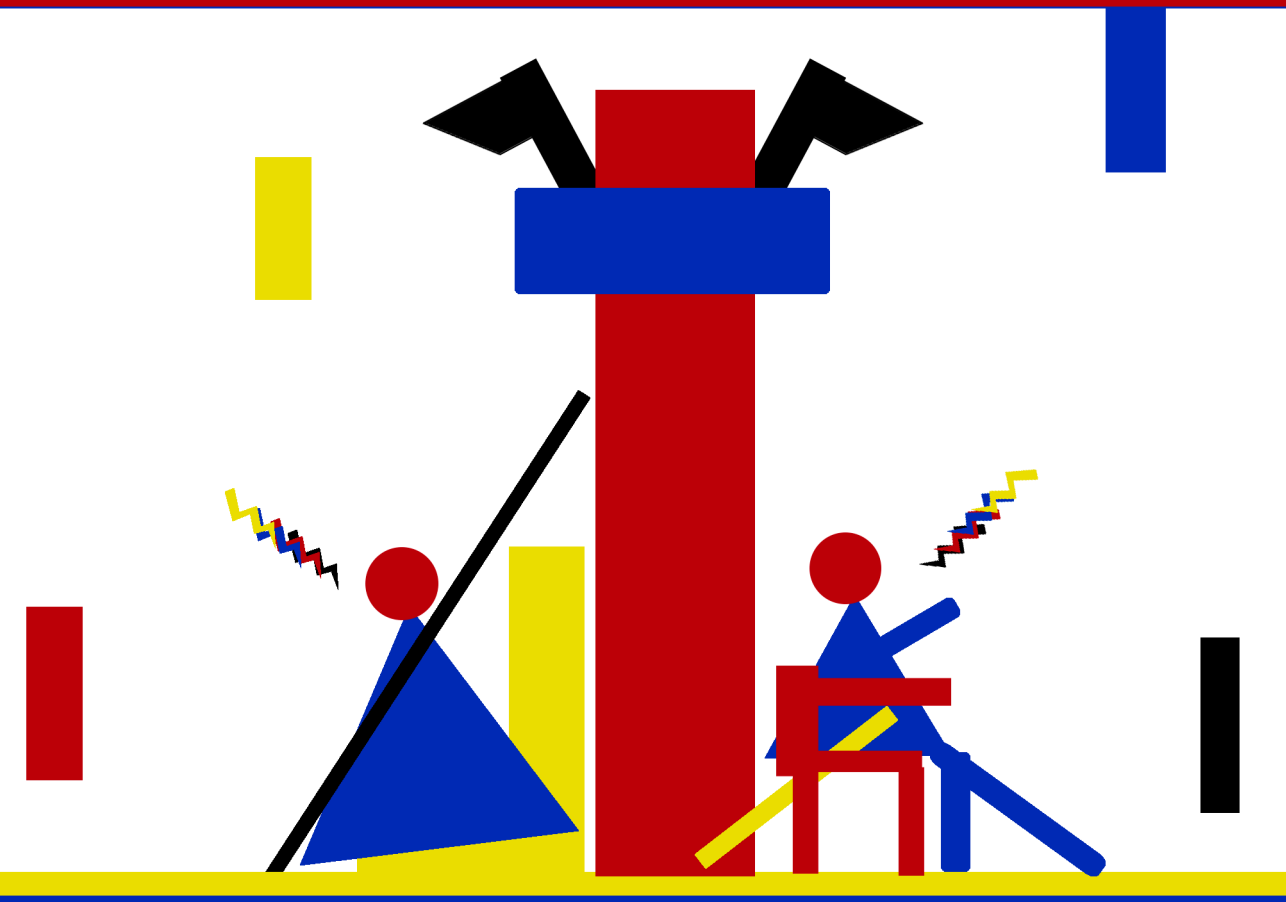
Compendio temático de la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas



Letras Del-Dom

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Gaceta Judicial, Año 5. Suplemento, 2021-2022, es una publicación del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No. 1, Col. Noria Alta, Guanajuato, Guanajuato, C.P. 36050, Tel. 4737352200. www poderjudicial-gto.gob.mx, página electrónica: https://www.poderjudicial-gto gob.mx/index.php?module=uaij, Editor responsable: MPG Luis Ernesto González González. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018121417340500-102, ISSN: en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsables de la actualización de este sitio: Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas Tel. 473 73 5 22 00, Exts. 1012, Correo electrónico: investigaciones.juridicas@poderjudicial-gto.gob.mx Fecha de última modificación: 5 de diciembre de 2023. Tamaño del archivo 3 MB.

Compendio temático de la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas

Letras Del-Dom

Segunda edición digital

Compendio temático de la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas

Letras Del-Dom

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Magistrada Ma. Rosa Medina Rodríguez

Presidenta del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo del Poder Judicial

Salas Civiles	**Salas Penales**
Magistrado Gustavo Rodríguez Junquera Primera Sala	Magistrado Víctor Federico Pérez Hernández Primera Sala
Magistrada Ma. Elena Hernández Muñoz Segunda Sala	Magistrado José de Jesús Maciel Quiroz Segunda Sala
Magistrado Francisco Javier Zamora Rocha Tercera Sala	Magistrado Eduardo Breceda Cueva Tercera Sala
Magistrada Claudia Ibet Amezcua Rodríguez Cuarta Sala	Magistrado Héctor Tinajero Muñoz Cuarta Sala
Magistrada Ruth Alejandra Yáñez Trejo Quinta Sala	Magistrado Francisco Medina Meza Quinta Sala
Magistrada Alma Delia Camacho Patlán Sexta Sala	Magistrado Daniel Federico Chowell Arenas Sexta Sala
Magistrado Carlos Israel Gómez Martínez Séptima Sala	Magistrado Luis Alberto Valdez López Séptima Sala
Magistrado Daniel Delgado Ávila Octava Sala	Magistrada Gloria Jasso Bravo Octava Sala
Magistrado Roberto Ávila García Novena Sala	Magistrado Plácido Álvarez Cárdenas Novena Sala
Magistrada Cigüeña Circe León López Décima Sala	Magistrada Arcelia María González González Décima Sala

Secretaria General del Supremo Tribunal de Justicia

Lic. Teresita del Niño Jesús Luna Vázquez

Consejeros

Lic. Alfonso Guadalupe Ruiz Chico
Ponencia 1

Lic. Imelda Carbajal Cervantes
Ponencia 3

Lic. Arturo Razo Tapia
Ponencia 4

Secretario del Consejo
Mtro. Luis Eugenio Serrano Ortega

Director de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial
MPG. Luis Ernesto González González

Titular de la Unidad Académica de Investigaciones Jurídicas. Dirección y supervisión de proyecto
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Comité Editorial
Juez Lic. Rocío Carillo Díaz
Consejera Lic. Imelda Carbajal Cervantes
Lic. Héctor Carmona García
MPG. Luis Ernesto González González
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Representante Legal
Lic. Héctor Carmona García

Asistente de investigación, corrector de estilo y diseño editorial
Lic. Rafael Rosado Cabrera

Diseñadora de portada invitada
LCC y RRPP Emilia del Carmen Nava Luna

Indice

Preliminares 11
Abreviaturas, siglas y latinismos empleados 13
Autores que participan en este tomo 15

Delito continuado
El Delito Continuado 17
El delito continuado. Recensión del artículo del profesor Enrique Cardona Arizmendi 69

Delitos sexuales
Algunas reflexiones en torno a los casos de "la manada y los porkis" 103

Derechos humanos
Del arduo camino en México de los derechos humanos 115

Derecho natural
Hugo Grocio 169

Derecho penal para menores
Una postura para el juez de ejecución en México 175

Derecho procesal laboral
Problemas procesales en materia laboral 197

Deudor no localizable
La incapacidad procesal del ministerio público para designar bienes para embargo de deudor ilocalizable. 205

Dignidad Humana
Apuntamientos sobre el interés superior del infante. Un análisis a través del tiempo 225

Domicilio conyugal
Reformas al Código Civil del Distrito Federal. El Domicilio Conyugal 261

Preliminares

El compendio se integra con todas las publicaciones realizadas por la unidad académica de investigaciones jurídicas, Mentes penales, Pensamientos de derecho civil y procesal civil, Memoria jurídica y Gaceta del Poder judicial del estado de Guanajuato desde sus inicios el 12 de septiembre de 2017 a la fecha.

Contiene dos diferentes formas de localizar la información, acorde al autor y por ejes temáticos.

Se reitera que los escritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan el punto de vista del poder judicial del estado de Guanajuato, el que se desliga de cualquier responsabilidad que se pudiera causar.

Abreviaturas, siglas y latinismos empleados

Art. (arts.)	Artículo (artículos)
CCGto	Código civil para el estado de Guanajuato
Cfr.	Confrontar
CPCGto.	Código de procedimientos civiles para el estado de Guanajuato
CPEUM	Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos
Dr.	Doctor
ed.	edición
Lic.	Licenciado (Licenciada)
Mtro. (a)	Maestro (Maestra)
No. N°. Num.	Número
passim.	en varias partes
p (pp.)	página (páginas)
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vid. (vid in extenso)	Ver (ver ampliamente)

Autores que participan en este tomo

Lic. Enrique Cardona Arizmendi †

Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Mtro. Jorge Eduardo Ortiz García

Abogado José Carlos Guerra Aguilera

Lic. Diego León Rábago †

Juez Mtro. Efraín Frausto Pérez

Lic. Eugenio Trueba Olivares †

Juez Mtro. Francisco Jaramillo Mejía

Juez Mtra. Patricia Ruiz Frías

El Delito Continuado[1]

Por el señor
Lic. Enrique Cardona Arizmendi.
Maestro de derecho penal de la
Universidad de Guanajuato.

Sumario: 1.- Delitos instantáneos, permanentes y continuados. 2.-Orígenes. 3.- La doctrina alemana. 4.-La doctrina italiana. 5.- El delito continuado en México. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. 6.- La legislación. 7.-Conclusiones.

1.- A fin de delimitar el presente tema se hace necesario aludir a cierta clasificación de los delitos, clasificación que hacen un sin número de autores y que, por otra parte, se remonta a lejanas épocas, pues ya Francisco Carrara mencionaba la misma en su obra monumental "Programa de Derecho Criminal". (1)

1 Publicado inicialmente en la revista del poder judicial, tomo I, año I correspondiente a los números 4 y 5 de junio y julio de 1964; pp. 39 a 77. Intervino en la trascripción y revisión del texto el asistente de investigación Miguel Ángel Tapia Baeza, alumno del décimo semestre de la universidad de Guanajuato, México.

Nos referimos a la que divide los delitos (por cuanto a su acción) en: Instantáneos, permanentes y continuados. Algunos autores estiman los dos últimos como sub-especies del que denominan "delito continuo" y es importante no olvidar esta postura, pues, como se verá, vendrá a auxiliarnos para entender nuestra doctrina y jurisprudencia.

Más de momento haremos esa separación tripartita a fin de establecer sus diferencias.

Por lo que hace a los delitos instantáneos su concepto se precisa en forma coincidente por los autores y así vemos que:

Para Carrara (2) son en los que "la violación del derecho se agota en un solo momento". Como ejemplo menciona el homicidio, las lesiones, el estupro.

Eugenio Cuello Calón (3) los concibe como "aquellos en los que la violación jurídica realizada en el momento de la consumación, se extingue con ésta". Como ejemplo da el homicidio, el robo, el hurto.

Ignacio Villalobos (4) expresa que "se llama delito instantáneo aquel cuya realización termina en el momento mismo de consumarse o de frustrarse la consumación; como un golpe o una injuria".

Finalmente, para Sebastián Soler (5) el delito instantáneo es aquel "en el cual la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento".

Este autor de inmediato destaca, siguiendo con ello a Carnelutti (6), "que no es el carácter físicamente instantáneo de la actividad lo que determina la clasificación", pues a veces la realización física de los delitos instantáneos exige la concurrencia de diversos hechos que no necesariamente son simultáneos a la verificación. Así vemos como en el homicidio los actos lesivos constituyen un hecho distinto de la muerte misma; ontológica y temporalmente existe una separación incuestionable. Más todo aquello que disminuya la vitalidad de una persona no es un homicidio aún, ya que lo que la ley castiga es matar y esto se verifica instantáneamente.

Para resaltar lo anterior bastará invocar aquellos casos narrados por los novelistas y acaecidos también en la vida real, quizá con mayor frecuencia que la descubierta, en los que se llega a la consumación del homicidio por medio de la administración de pequeñísimas dosis de veneno, que paulatinamente van minando la salud de la víctima. El lapso de tiempo transcurrido desde la primera administración del veneno hasta la muerte deberá ser necesariamente largo, dado que habiéndose escogido este procedimiento para disimular el delito y conseguir la impunidad, su éxito depende de la lenta minación de la salud. Sin embargo, el delito no puede encuadrar en ninguna otra clasificación a pesar de que se empieza a realizar con gran antelación a la muerte perseguida. No existirá homicidio sino hasta que la muerte se consiga y la misma se verifica en un solo momento. Todos los momentos anteriores serán, a lo sumo, una tentativa de homicidio.

Pasaremos ahora a analizar los delitos permanentes.

Para Carrara son aquellos en que "la violación del derecho se prolonga o puede prolongarse (temporalmente) de manera indefinida". Como ejemplo cita (señalamos los más caracterizados a nuestro entender) la asociación de malhechores, el rapto, el plagio, la cárcel privada. Menciona también la usurpación de la posesión ajena, figura equivalente a lo que nuestra ley define como despojo. (7)

Cuello Calón los concibe como "aquellos en los que, después de su consumación, continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquélla". Cita como ejemplo el rapto y las detenciones ilegales.

Para Villalobos son "todos aquellos hechos en que la manifestación de voluntad antijurídica se prolonga por más o menos tiempo, manteniendo ese estado de cosas típico penal". Menciona como ejemplos la rebelión, la resistencia o desobediencia a las autoridades, el allanamiento de morada, la privación ilegal de libertad y el rapto.

Finalmente, para Sebastián Soler son delitos permanentes aquellos en los que "la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos".

Tenemos ya diferenciados los delitos instantáneos de los permanentes y sin embargo se hace necesario, para una mejor distinción, referirnos a los delitos de efectos permanentes. Estos son verdaderos delitos instantáneos, pero como quiera que la acción puede dejar efectos permanentes a través del tiempo o bien, no dejarlos, porque en realidad no existan o porque no se les acuerde relevancia jurídica ninguna, la doctrina ha procurado diferenciarlos netamente.

En efecto un delito instantáneo por cuanto a su acción, puede serlo también por cuanto a sus efectos y así tenemos, por ejemplo, el disparo de arma de fuego y la difamación. En los mismas, la acción que consume el delito no deja tras de sí ningún efecto y todo termina con la puesta en peligro o agresión del bien jurídico tutelado. Podría pensarse que en la difamación la acción pudiera dejar como consecuencia la deshonra del ofendido, pero aún cuando así pueda suceder en algunos casos, a tal efecto nuestra ley penal no le acuerda relevancia jurídica, toda vez que el evento consumativo es la comunicación dolosa, sin que interese si realmente se ha llegado a deshonrar o no al ofendido.

En cambio, puede suceder que la acción que consume y perfecciona el delito se verifique instantáneamente y sin embargo los efectos de la acción permanezcan en el tiempo. Así tenemos que la acción de lesionar (instantánea) puede dejar efectos permanentes en el ofendido: cicatriz, deformación, incapacidad, etc.

Con estas bases podrá distinguirse con relativa facilidad los delitos instantáneos de efectos permanentes, de los verdaderos delitos permanentes, pues en éstos lo que permanece no es un mero efecto de la acción, sino el estado mismo de la consumación.

Sebastián Soler, siguiendo con ello a Ernst Von Beling, destaca la importancia de distinguir el verbo típico de la figura, pues el mismo dará la pauta para caracterizar la acción y añade: "Que en los delitos necesariamente permanentes siempre es posible, para designar cualquier momento posterior al acto inicial consumativo, emplear la forma equivalente al participio presente del verbo usado por la ley para configurar el delito" (8). Así vemos que las figuras previstas en los artículos 303 fracción I, 196 fracciones I y III, podemos verificar la operación indicada y decir: "Estar deteniendo, estar ejerciendo y estar usando". En los demás casos, agrega el maestro argentino,

lo anterior no es posible y se impone designar la acción con el participio pasado. Así, en las figuras tipificadas en los artículos 306, 202 y 205, expresaremos: "Haberse apoderado y haber copulado".

Llegamos ahora al tema de nuestro trabajo: el delito continuado. Por lo pronto y a fin de completar la clasificación que se ha venido exponiendo, adelantaremos la definición que del mismo da Sebastián Soler cuando afirma que es "el que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley". (9) El ejemplo clásico en nuestro medio es el del dependiente de un almacén que en distintas ocasiones roba mercancía del mismo. (10) Para concluir la primera parte de la exposición traeremos a colación la representación que, para fines didácticos, hace Bernardino Alimena, según la siguiente gráfica: (11)

Delito instantáneo

.

Delito permanente

_____

Delito continuado.

.....

El punto representa la acción desarrollándose y perfeccionándose en un momento relativamente corto. La línea es la acción proyectándose en el tiempo, desenvolviéndose sin solución de continuidad, pero cada fracción de la misma es idénticamente

violatoria y consumativa. Los puntos representan una serie discontinua de acciones, con circunstancias locales, modales y temporales propios de cada uno, pero que mutuamente se integran para constituir una sola agresión de conjunto al derecho, una unidad delictiva.

2.- Establecer los orígenes del delito continuado no es labor sencilla. Algunos autores pretenden encontrarlo en el derecho romano y otros lo determinan con posterioridad, haciendo referencia concreta a los prácticos italianos, principalmente a Baldo y Farinancio.

Como quiera que sea, la teoría de la continuación empezó a desarrollarse casi exclusivamente con relación al delito de robo, y sus primeros exponentes la aplicaron para evitar la pena de muerte que algunas legislaciones establecían para el autor del tercer hurto. De ahí que Carrara y Soler aseguren que el origen se encuentra en "la benignidad de los prácticos".(12)

Para los mismos la continuación presuponía la pluralidad o repetición de varias acciones, cada una de las cuales importaba una perfecta violación a la ley; pero, como de seguirse los consecuencias ordinarias debería considerarse la comisión de tantos delitos cuantas acciones se realizaron, desembocando en una acumulación de delitos y penas que podía resultar exorbitante, la teoría traía como consecuencia que se consideraron las diversas acciones como un solo delito continuado, "con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma que resulta de la acumulación de las imputaciones correspondientes a cada infracción". (13)

Es claro que los prácticos italianos no desarrollaron la teoría de la continuación hasta el grado de evolución que ha alcanzado en nuestros días, pero ya esbozaban elementos a los que ahora se les acuerda gran relevancia. Así vemos como Baldo exigía, para que se pudiera unificar la acción, que existiera unidad de determinación por parte del sujeto activo. Otros hablaban de cierta similitud de las acciones y, otros más, se referían a violaciones de una misma ley penal.

Resultaría intrincado y, tal vez, ocioso, ir precisando la evolución de la teoría, por lo que sólo nos concretaremos a analizarla como modernamente se encuentra planteada. A tal fin, en principio, podemos dividir a los tratadistas que se ocupan de lo mismo, según den preponderancia a elementos objetivos o subjetivos. También cabe señalar que principalmente los autores alemanes e italianos son los que se han ocupado del tema, por lo que continuaremos este trabajo con el análisis de los mismos.

3.- La teoría de la continuación (o de la conexión continuada, como la llama Edmundo Mezger) (14) se desarrolló en Alemania sin que existiera fundamento especial y expreso en la ley, sino, más bien, fue obra de la doctrina y de la jurisprudencia.

Sin embargo, el apoyo legal indirecto se encontró en la fórmula usada pues para que el mismo se diese era necesario que existieran “acciones independientes” (Art. 70), de ahí que cuando los mismos no se presentaran estas características, no había lugar a la acumulación material. El anterior es el punto de partida de la teoría, la cual concluirá considerando esas varias acciones independientes como una sola unidad delictiva.

Los autores alemanes que se ocupan de la continuación podríamos clasificarlos en dos grupos, según sostengan una postura subjetiva-objetiva, o se inclinen por la denominada objetiva pura. A la primera postura pertenecen Lobe, Koholler, Gerland, Dorr y deriva fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal del Reich. Para estos autores, dos son los elementos de la continuación: Acciones homogéneas y dolo unitario. Por dolo unitario entienden aquel que de antemano haya abarcado en sí el resultado conjunto y debe estar dirigido a la realización, en distintos momentos, de dicho resultado, mediante varias acciones aisladas, pero no independientes, cada una de las cuales realiza el tipo. No es bastante "la resolución de voluntad genérica" de cometer delitos, sino el dolo debe abarcar de antemano el resultado conjunto.

La homogeneidad de las acciones debe ser objetiva, exteriormente determinable.

De lo anterior derivan como presupuesto, por regla general, la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico y que todas las acciones realicen la misma figura.

El bien jurídico debe ser susceptible de una lesión gradual (Ejemplo, el patrimonio). Por lo que cuando se trata de bienes jurídicos "eminentemente personales", como la vida, el honor, la libertad, la honestidad, etc., sólo puede existir continuación si la persona ofendida es la misma.

La segunda postura, objetiva pura, es la preponderante entre los autores alemanes y se basa en ciertas características de las varias "acciones no independientes", que varían según cada tratadista, por lo que en seguida las expondremos sintéticamente.

Según Allfeld, las características del delito continuado son: Unidad de bien jurídico, conexión temporal y cierta conexión interna.

Para Liszt-Schmidt consisten en: Realización paulatina y repetida del mismo tipo penal, utilizando la misma ocasión o en dependencia causal de ella.

Franck las establece así: Actividad plural homogénea ligada por el carácter unitario del dolo o por el aprovechamiento de la misma ocasión, o de la misma relación permanente y dirigida contra el mismo interés (15).

Hippel-Honing las hacen consistir en: Varias acciones que realizan el tipo fundamental, siempre que hayan sido cometidas aprovechando la misma ocasión o por razón de ella.

Para Mezger son: Unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada; en los ataques personales, identidad de la persona ofendida.

Finalmente M. E. Mayer habla de: Unidad de ocasión y de conducta, substituyendo con ésta otros elementos a que aluden los anteriores autores, pues Mayer entiende la unidad de conducta como el que las diversas acciones parciales sean homogéneas en su realización, con independencia del artículo del código en que queden subsumidas.

4.- En Italia la teoría de la continuación, según se ha visto, se empezó a desarrollar con los prácticos y no es sino hasta 1953, (16) cuando legislativamente se establece el delito continuado (17). Su desarrollo se debe pues, a la doctrina y en menor grado a la jurisprudencia.

La postura de la doctrina italiana es preponderadamente subjetiva. Inclusive hemos visto como ya Baldo exigía, para que existiera la continuación, cierta unidad de determinación.

Quizá en Carrara se encuentre la primera exposición amplia de la teoría (18) y congruente con la construcción de su tratado, la derivación de los elementos del delito. Siendo dos estos elementos, el moral (intención) y el físico (acción), para poder hablar de multiplicidad de delitos son necesarias otras tantas multiplicidades de dichos elementos, de tal suerte que cuando existan varios elementos físicos (acciones) pero solo uno moral (por haber unidad de determinación), no existirán varios delitos, sino una unidad, salvo que no exista identidad de la ley violada. Si se pretendiera la existencia de varios delitos injustamente se imputaría varias veces un solo elemento moral.

Multiplicidad de acciones, unidad de determinación e identidad (o unidad) de la ley violada, son, para el maestro Pisano, los elementos esenciales del delito continuado.

Esta unidad es indispensable, asienta este autor, porque su diversidad "hace imposible, por ineludible consecuencia ideológica, el que se unifique la determinación; la resolución de violar una ley es ideológicamente distinta, en su origen y sus momentos, de la resolución de violar otra ley diversa; puede ser simultánea la concepción de esas violaciones, pero no única". Lo anterior no tiene más excepción sino el caso de que las violaciones se encuentren en relación de medio a fin, supuesto en el que se da lo que denomina "delito complejo". (19)

La unidad de determinación la concibe como una unidad genérica, proponiendo cambiar el término por el de "unidad de designio", más exacto a su parecer, pues, agrega, "todos y cada uno de los actos del hombre son necesariamente hijos de una determinación especial, pero propia, que aún cuando no sea más que la exteriorización de una determinación primaria genérica, es, no obstante, ideológicamente distinta de la determinación especial o próxima que dio forma al acto precedente".

La unidad de la ley violada la concibe como la realización del mismo tipo penal y en acepción tan restricta que la lleva a negar la continuación de la tentativa y consumación de la misma figura.

Innumerables son los autores italianos que se han ocupado de esta teoría y podría hacerse una breve referencia a la misma, puntualizando la postura dominante en relación a los elementos del delito continuado. Ellos son: Unidad de resolución, pluralidad de acciones e identidad de lesión jurídica.

UNIDAD DE RESOLUCIÓN.- Este primer elemento ha recibido distintas denominaciones entre los tratadistas, pues además de la terminología de Carrara, algunos hablan, basándose a veces en la legislación, de "misma resolución criminosa", "mismo propósito criminoso", "mismo designio criminoso", etc.

Consecuente con su postura de preponderancia subjetiva, la doctrina italiana le acuerda singular importancia a este elemento y los criterios de los autores varían, según consideren el delito continuado como una mera ficción jurídica o como una realidad fáctica reconocida por la doctrina y, a veces, por la legislación. Lo anterior sin perjuicio de encontrar también una tercera postura que Eusebio Gómez denomina "realidad jurídica". (20)

Carrara, Pessina, Majno, Impallomeni, Alimena (Bernardino), Lucchini, Florian (21), De Mársico y otros, sostienen la realidad fáctica del delito continuado. Por el contrario Ferri, Manzini, Vianchini, Leone, Vannini, Altavilla, Maggiore, Pillitu, etc., niegan tal realidad, considerándolo como una ficción. Massari, Antolisei, Delitala y otros, pertenecen a la postura de la "realidad jurídica".

Los autores del primer grupo se muestran más exigentes con este primer elemento de la continuación, pues siendo fundamentalmente el que determina la unidad (fáctica y real) de las varias acciones (o pluralidad de acciones), deberá reunir características bastantes para hacer aparecer "en la conciencia del reo como una agresión sola la que ha de efectuar" (22), aunque subdivida la ejecución en múltiples acciones. La unidad de determinación deberá importar la concepción de una sola agresión al derecho cuya realización se fracciona en diversos momentos, por razones de conveniencia, oportunidad, etc. No es el propósito genérico de cometer delitos indeterminados, ni tampoco equivale a identidad de resoluciones, "porque éstas presuponen varias resoluciones de la misma naturaleza, pero sucesivamente tomadas".

Los partidarios de la ficción jurídica, aunque reconociendo como indispensable la unidad de determinación la conciben en forma menos restringida que los anteriores y es en la concepción de la unidad de lesión jurídica en donde encuentran, indirectamente, una delimitación al primer elemento (23).

PLURALIDAD DE ACCIONES.- Existe consenso casi unánime entre los tratadistas respecto a la concepción de este elemento llamando la atención en el sentido de que las múltiples acciones deberán ser por sí mismas violatorias del

derecho y no deben confundirse con aquellos delitos que se integran con varios actos y momentos (homicidio cometido en riña, etc.), ni con los plurisubsistentes (de hábito) o, en fin, con los denominados complejos.

UNIDAD DE LESIÓN JURÍDICA.- Conforme al Código Italiano existe delito continuado cuando alguien "con varias acciones u omisiones de un mismo proyecto criminoso, comete, aun en tiempos diversos, varias violaciones de LA MISMA DISPOSICIÓN DE LA LEY". Esta expresión de la ley (*stessa disposiciones di legge*) viene a constituir el elemento que nos ocupa y se entiende de diversa manera por los tratadistas italianos, según su personal interpretación, encontrando posturas de concepción harto restringidas, como la de Carrara, hasta otras mucho más comprensivas como la de Manzini. (24). La reforma del artículo transcrito adicionándole en su parte final la frase: "aunque de diversa gravedad", vino a ampliar el concepto de este elemento, por lo que los criterios llegaron más o menos a unificarse. Así, para que existiera delito continuado, se estimó que no era necesario que las múltiples acciones fueran violatorias del mismo artículo o inciso, sino que bastaba que encuadraran en un tipo básico. De esta manera será posible la continuación entre robo simple y calificado, o entre un delito consumado y uno tentado; pero no la habrá, por ejemplo, entre robo, y fraude o abuso de confianza.

UNIDAD DE SUJETO PASIVO.- Para algunos autores esta unidad se conecta o deriva del primer elemento del delito continuado (unidad de determinación), en tanto que otros la refieren a la unidad de lesión jurídica. Siguiendo a Sebastián Soler (25) podríamos clasificarlos en tres grupos diversos. 1o. – Los que consideran esa unidad como absolutamente innecesaria; 2o. - La postura opuesta o de la imprescindencia de la unidad, y; 3o. - Los que la consideran necesaria sólo en algunos casos.

A la primera posición pertenece Carrara pues admite la continuación, dándose los restantes elementos, aún en los casos de homicidio y lesiones.

La postura opuesta la encontramos en Lucchini, extraviada según Manzini y Soler, porque se basa sobre la inexactitud de la concepción del objeto jurídico del delito.

Finalmente encontramos la tercera postura mencionada y que es la dominante en Italia (26). Para sus sostenedores la unidad de sujeto pasivo ordinariamente no será necesaria para la continuación, pero existen casos excepcionales en que la falta de esta unidad importará la multiplicidad de resoluciones. La unidad de resolución no puede existir, afirma Impallomeni, en los delitos que directamente ofenden a la persona (delitos contra la vida, la salud, el honor, el pudor y la libertad, según este autor) (27). Alimena asegura que el delincuente no puede pasar de la ofensa de un sujeto pasivo a la de otro, sin una particular determinación, en los delitos contra la persona.

5.-MÉXICO.- a) DOCTRINA.- En nuestro país, en un principio la teoría de la continuación no era estudiada por la doctrina, ni mucho menos reconocida por la legislación. Lentamente, después de graves confusiones iniciales, se ha desarrollado hasta llegar a plasmarse en algunos ordenamientos positivos y anteproyectos de ley.

Ricardo Abarca (28) asegura que el delito "continuo" se opone en la doctrina o al delito instantáneo y que existen dos formas de continuidad: real e ideal. La primera viene a constituir lo que nosotros hemos señalado como delito permanente y la ideal, asienta, "se establece por la intención de la gente en la cual se ligan los acciones de

delitos cometidos sucesivamente", proporcionando como ejemplo el del empleado de un almacén que roba diariamente a su patrón alguna mercancía. No viene a ser otro este delito "continuo ideal" que el continuado (29).

No estando previsto en el Código de 1871 (30) el delito continuado, su determinación correspondió a la Jurisprudencia. Abarca asegura que como el Código mencionado, en los casos de concurso real de delitos, ordenaba se impusiera la pena del delito mayor pudiendo aumentarse hasta una tercia parte de su duración, resultaba que en algunos casos de continuación, en los que las múltiples acciones merecían (aisladamente consideradas) una penalidad mínima, el delincuente se veía grandemente favorecido si se estiman los casos como de concurso real. En cambio, como la continuación vendría a unificar las acciones, la unidad delictiva se sancionaría más gravemente que la reiteración. Refiérese el autor a casos de robo en los que los múltiples apoderamientos importan una lesión patrimonial ínfima, pero de su adición resulta un detrimento de gran consideración. "En estas condiciones, expresa el maestro Abarca, el acusado se esforzaba por establecer la independencia entre estos diversos delitos, mientras el juzgador para que no quedara impune la totalidad de la conducta delictiva del agente, se esforzaba por establecer la unidad de intención en los diversos delitos cometidos y, encajar la teoría de continuidad ideal (delito continuado) dentro del precepto, a pesar de que literalmente los juristas entendían que dicho precepto solamente se refiere a la continuidad real (delito permanente)". (31).

Para el autor, a diferencia de lo sucedido en Italia, la teoría se desarrolló no con la finalidad de "benignidad" de los prácticos, sino precisamente al contrario.

El Código de veintinueve, para corregir esta deficiencia, definió el delito continuo en los siguientes términos (Art. 31): "aquel en que se prolonga por más o menos tiempo la acción o la omisión que constituyen el delito. Para apreciar la continuidad, se deberá tener en cuenta no sólo las acciones materiales, sino la intención del delincuente". Con esta definición ADMITIÓ FRANCAMENTE la continuidad ideal. (32). Además, habiendo introducido un cambio en el sistema para sancionar el concurso real ordenando se impusiera la pena del delito mayor, "aumentada hasta la suma de las penas de todos los delitos cometidos, también evitó la impunidad en estos casos".

O sea, (comentamos) que en la práctica se operó un cambio diametral. Quienes deberían "esforzase" ahora en demostrar la continuación, serían los acusados.

Finalmente agrega: "el Código vigente (1931) volvió a la definición del Código de setenta y uno; pero cambiado el sistema de acumulación, ya no tiene importancia la cuestión de la acumulación real. En efecto si es posible acumular las penas de todos los delitos hasta la suma de ellas, pero sin exceder de treinta años, para el reo resulta indiferente que se trate de un solo delito".

Lo anterior, además de que resulta falso que el problema se presente en nuestros días indiferente al acusado, (porque lo demuestra la gran variedad de cosas que se pueden presentar y se presentan en la práctica, en los que admitir o no la continuación importa una modificación en la penalidad (33), no parece correcto tratar los temas del Derecho Penal con miras exclusivas a la conveniencia o no de los acusados.

El Dr. Raúl Carrancá y Trujillo en su obra "Derecho Penal Mexicano" (34), al tratar el tema alude brevemente a algunos autores italianos (Pessina. Manzini, Florián y Alimena), resaltando su inclinación subjetiva y toma posición a favor de la teoría

alemana objetiva pura por parecerle la más acertada. Respecto a la legislación penal estima que ninguno de los códigos (1871, 1929 y 1931) define el delito continuado, pues cuando hablan de delito "continuo", se refieren al permanente. Finalmente, por "estimarlos certeros" reproduce algunos comentarios de Mariano Jiménez Huerta.

Este autor en su artículo "El delito continuado y la Legislación Mexicana" (35) estima que nuestra legislación federal pertenece a las que formulan en su articulado el delito continuado, aunque reconociendo que la letra de la ley "en forma alguna puede hacer referencia a esa pluralidad de acciones que constituyen la base natural del delito continuo" (36) ni tampoco en la continuación la acción se prolonga sin interrupción en el tiempo. El grave escollo pretende salvarlo aduciendo: que la ley establece "un superior concepto de carácter esencialmente jurídico-valorativo", el que aún no precisando las bases de facto, sí sienta "los presupuestos sobre los que ha de funcionar el juicio valorativo, fijando las bases que determinen la conexión continuada de las diversas acciones para que, en cada caso concreto, pueda el juzgador, bien valorizarlas en una unidad jurídica, o bien apreciarlas como acciones distintas sin ninguna relación". Las objeciones que pudieran hacérsele a lo anterior, creemos no escaparon a la clara inteligencia de este autor, por lo que con posterioridad rectifica su criterio.

En su "Panorama del delito" (37), claramente asegura que la legislación mexicana no define ni se refiere al delito continuado, pues cuando habla de "delito continuo" alude al delito permanente. En esta obra el autor se inclina por la teoría objetiva pura y en su concepto la ley bien podría adoptar la fórmula de Liszt-Schmidt, que antes hemos anotado.

Posteriormente Jiménez Huerta analiza con mayor amplitud el delito continuado en "La Tipicidad" (38). Aquí su criterio continúa siendo preponderantemente objetivo pero no sin agregar elementos subjetivos, según se desprende cuando afirma que "la común raíz orgánica que vivifica el fenómeno de la continuidad delictiva, se manifiesta, unas veces, en la unidad de plan ideativo, y otras, en la identidad de ideación que motiva las varias acciones". Por otra parte, aunque parece inclinarse a considerar el delito continuado como una realidad fáctica, en el fondo lo estimamos partidario de la "unidad jurídica". Esto parece confirmarse cuando expresa: "La unidad jurídica que integra una pluralidad de conductas naturales no es afirmada ante la simple existencia de varias conductas penales que fictamente se interpretan como una sola por razones de economía oportunista o de protección delincuencial, sino ante los claros relieves unitarios que dicha pluralidad ofrece y que descubren que las diversas conductas son exponentes de un singular fenómeno jurídico penal". "La singularidad delictiva surge cuando en el instante de 1a subsunción se a!rma y declara que las conductas enjuiciadas a pesar de su reiteración naturalística integran jurídicamente, debido a su realística cohesión, la unidad delictiva simbolizada en la conducta principal que cada tipo describe".

Constancio Bernaldo de Quiroz (39) se inclina también hacia la postura objetiva y considera características del delito continuado las siguientes. Pluralidad de delito de la misma especie, que por las condiciones de tiempo, de lugar, de los medios de ejecución u otras semejantes, "los subsiguientes pueden ser considerados como continuación del primero".

Ignacio Villalobos habla de delitos continuos como contrapuestos a los instantáneos y agrega que: "El delito continuo admite dos subespecies que son: el delito continuado y el permanente". (40)

Según su criterio, el delito continuado nunca ha sido previsto por la legislación federal sino únicamente el permanente. En cuanto a la constitución, se inclina por la tendencia objetiva y considera "la unificación continuada como totalmente artificial".

Luis Garrido, Ricardo Franco Guzmán, Celestino Porte Petit y otros han contribuido al desarrollo de la teoría, plasmándose su pensamiento en algunos proyectos de ley y ordenamientos positivos, según se verá. La postura sustentada es la objetiva-subjetiva.

b) LA JURISPRUDENCIA.- Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podría afirmarse que en la misma, el desarrollo de la teoría de la continuación guarda cierta semejanza con su desarrollo en la doctrina. En un principio adolece de graves confusiones, para modernamente desarrollarse, a veces adoptando la postura alemana objetiva y, otras, la subjetiva-objetiva.

Para fundar nuestras aseveraciones y en vía de ejemplo, transcribiremos algunas ejecutorias.

"Haciendo abstracción de los puntos de diferencia que se encuentren en las teorías sustentadas por los tratadistas, se advierte que todos consideran como elemento esencial del delito continuo, que los DIVERSOS ACTOS que, aisladamente, pueden POR SI SOLOS CONSTITUIR UNA INFRACCION, ESTEN UNIDOS POR LA MISMA INTENCION DELICTUOSA Y POR LA MISMA NATURALEZA DEL OBJETO, es decir, que exista unidad de relación y de !n; y si bien estos preceptos no pueden estimarse como universales, si puede asegurarse que son los de la doctrina dominante, conforme a la cual debe interpretarse el artículo 28 del Código Penal del Distrito

Federal (de 1871); pues de otro modo, multitud de delitos formados por diversos actos, de la misma naturaleza, pero separados por un intervalo de tiempo más o menos largo, deberían ser castigados, tantas veces cuantos fueran los actos constitutivos de la infracción, lo que reprueban de consumo la razón y la ciencia jurídica. (T. XII, pág. 824) (1923).

La resolución se refiere al delito continuado y se pretende que se encuentra previsto por el Código de 1871.

"Los delitos tienen el carácter de continuos, no por la existencia material de una serie de actos iguales, ni por la repetición del mismo acto, sino porque exista un mismo estado de actividad o de inercia; porque esté probado que hay un estado de ánimo real, efectivo, existente, que venga a unir entre si todas esas infracciones individuales, haciendo de ellas un todo, desde el punto de vista de la intención, ya que desde el punto de vista material, cada una de ellas tiene su individualidad propia. Habrá delito continuo, por ejemplo, cuando una persona se hace nombrar para un empleo, con la intención de valerse de él para sustraer fondos, y también en el caso de acuerdo de dos empleados para tomar fondos, cada vez que determinada ocasión se presente; pero si el empleado tomó indebidamente dinero un día y después de cierto tiempo repite ese acto, este no tiene relación alguna con el primero; no hay delito continuado, sino individualidades distintas de delitos, y los hechos deberán ser castigados conforme a la regla de acumulación de las penas, para cuando se cometen diversos actos delictuosos". (Suplemento del Semanario Judicial de la Federación del año de 1933. Pág. 40).

Oscuridad, imprecisión y confusión encontramos en este fallo.

"DELITO CONTINUO.- En torno de la noción sobre la naturaleza de esta modalidad del delito, existen dos teorías: la objetiva y la subjetiva. La primera llamada también de la unidad física, la hizo consistir en que la continuidad de la infracción depende de la prolongación de la acción constitutiva del delito, de tal manera que éste no cesa sino cuando aquello acaba. La segunda teoría, llamada también de la unidad moral, la hacía consistir en que aún cuando existieran diversos actos y cada uno fuera por sí mismo, suficiente para constituir la infracción penal, siendo ligados todos ellos por la misma unidad de concepción, de resolución y de objeto, no deberían considerarse tantos delitos como actos ejecutados, sino una sola infracción para los efectos, principalmente, de la penalidad, de la prescripción y de la jurisdicción represiva. A pesar de la claridad de estas nociones, se han suscitado prolongadas discusiones, y las legislaciones positivas, se han pronunciado por uno o por otro sistema. A esta confusión se ha agregado la concepción del delito permanente, en el que algunos tratadistas han comprendido el de rapto, pero no debe perderse de vista que el delito permanente no es el equivalente del delito continuo y opuesto al instantáneo. El permanente tiene como rasgo característico que la lesión jurídica se extiende y precede después de la consumación del delito. En otros términos, en el delito permanente, no es la acción constitutiva del delito lo que se prolonga o se reitera, sino la lesión jurídica, o mejor dicho el estado antijurídico creado por la infracción. Así, en el robo, del delito instantáneo, (aún cuando puede presentarse como continuo, como es el criado que se apodera en diversas ocasiones de las propiedades de su patrón), se origina, un estado permanente en la lesión del bien jurídico que el legislador represivo se propone proteger; en el homicidio y en las heridas, delitos indudablemente instantáneos, la lesión a la integridad personal se prolonga más allá de la ejecución del acto constitutivo de la infracción, y lo mismo puede decirse de otros delitos, pudiendo llegarse a esta conclusión: los efectos del delito o el estado ilícito creado

por él, pueden extenderse o prolongarse después de la ejecución del acto delictuoso, pero nada autoriza a confundir o identificar a éste o aquellos y sostener que el delito permanente es equivalente al continuo, como opuesto al instantáneo." (Tomo LXXV del Semanario, pág. 108, año 1943).

La influencia de la doctrina francesa nos parece clara.

La teoría o delito continuo objetivo, real o físico, son todas denominaciones que encierran el concepto de lo que nosotros entendemos por delito permanente; en tanto que, la teoría o delito continuo subjetivo, ideal o moral, son expresiones que encierran la idea del delito continuado.

La ejecutoria habla de la concepción del delito permanente coincidiendo la misma con la que corresponde al delito instantáneo de efectos permanentes. Por último, se habla de que "las legislaciones positivas se han pronunciado por uno u otro sistema", idea que no conseguimos entender cabalmente, pues parece significar una situación disyuntiva que no se compadece con la realidad.

La Suprema Corte de Justicia, con posterioridad, ha llegado a determinar las siguientes cuestiones. Nuestra legislación penal (Códigos Federales de 1871, 1929 y 1931) no prevé el delito continuado.

El "delito continuo" a que la misma se refiere es el que la doctrina moderna conoce como delito permanente.

Ha señalado claramente las características y diferencias de los delitos instantáneos, de los instantáneos de efectos permanentes y de los permanentes propiamente tales. (41)

Por lo que hace al delito continuado, aunque claramente diferenciado de los anteriores, no se ha tratado con amplitud suficiente que pudiera significar alguna orientación a este trabajo.

Principalmente con relación a dos cuestiones (prescripción y penalidad aplicable) nuestra Suprema Corte ha llegado a establecer la continuación, aunque los ordenamientos positivos no la prevean y nosotros queremos ver en tal postura el reconocimiento de la realidad fáctica del delito continuado.

Por último, debe señalarse que no existe un criterio uniforme sobre la continuación, pues, en ocasiones se inclina por el criterio objetivo puro de los alemanes y, en otras, la postura objetiva-subjetiva tiene preferencia. (42)

Salvadas las confusiones iniciales, el horizonte se presenta despejado. Vemos o mejor, prevemos que en un futuro próximo se delimitarán con precisión las cuestiones, profundizándose en el estudio de las mismas y se tratarán de manera directa (43), por lo que en sus fallos. Los estudiosos del derecho encontraran valioso orientación.

6.- LEGISLACIÓN.- No contamos con la información suficiente para presentar un panorama de Derecho Comparado en relación al delito continuado, por tanto, solamente apuntaremos nuestras pocas noticias.

Puede asentarse como primera afirmación general que la inmensa mayoría de los códigos del mundo no prevén la figura. Como excepciones tenemos las legislaciones de Italia, Holanda, Suecia, y Finlandia que si establecen con precisión el delito continuado (44). En América, varios son los ordenamientos que se ocupan de la !gura.

BRASIL.- Art 51.- "Cuando el agente, mediante más de una acción u omisión, practica dos o más delitos de la misma especie, y por las condiciones de tiempo, lugar, de manera de ejecución y otras semejantes, deben ser tenidas los subsiguientes como continuación del primero, se impone la pena señalada para uno solo de los delitos, si ellos son iguales, o la más grave, si son diferentes, aumentadas siempre de un sexto a dos tercios".

COLOMBIA.- Art. 32.- "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad".

COSTA RICA.- Art. 50.- "Se considera también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelase ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciado como circunstancias agravante".

CUBA.- Art 23.- "La pluralidad de infracciones de un mismo precepto en tiempos distintos, constituirá un solo delito o una contravención de carácter continuado, si al ejecutarlo hubiere obedecido el agente a una sola determinación criminal genérica común a todas las infracciones; pero la sanción se aumentará de una cuarta .parte a la mitad a juicio del tribunal, teniendo en cuenta la peligrosidad del agente demostrada por el número de infracciones y por circunstancias concurrentes en las mismas".

HONDURAS.- Art. 78.- Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado". (45)

PANAMÁ.- Art. 74.- "Se considera como un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la pena se aumentará, en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad".

PARAGUAY.- Art. 48.-"Se considera que no hay sino un hecho punible: ... 2º.- Cuando se trate de la misma ley penal, cometido en el mismo momento de acción, o en diversos momentos, como actos ejecutivos de la misma resolución criminal".

PERÚ.- Art. 107.-"Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado, y se reprimirá con la pena correspondiente a este". .

URUGUAY.- Art. 58.-"Varias violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento o en diversos momentos, en el mismo lugar o en lugares diferentes, contra la misma persona o contra distintas personas o contra distintas personas como acciones ejecutivas de uno misma resolución criminal, se consideraron como un solo delito continuado, y la continuación se apreciará como una circunstancia agravante".

VENEZUELA.- Art. 99.- "Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidos en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentará la pena de una sexta parte a la mitad".

PROYECTOS DE CÓDIGOS EN AMÉRICA.

El de Manuel López Rey Arrojo para lo República de Bolivia, del año de 1943.

"Se estimará que no hoy pluralidad de delitos, sino un solo delito continuado, correspondiéndole por tanto una pena única y si necesario fuere medida o medidas de seguridad, cuando mediante conductas homogéneas temporalmente unidas entre sí se cometa fundamentalmente el mismo delito, lesionando al mismo bien jurídico.

La identidad del titular del bien jurídico lesionado, es solo exigible en los delitos contra las personas".

El de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez para la República Argentina, del año de 1937.

"(Art. 75).- Si con varios hechos ejecutivos de un mismo designio se cometen aun en distintos momentos, varias violaciones de la misma disposición legal, no regirán los disposiciones sobre el concurso de delitos".

El de José Peco de 1941 para la República Argentina.

"Al que con dos o más acciones u omisiones ejecutivas del mismo designio delictuoso cometiere varias violaciones de la misma ley penal, incluso de distinta gravedad, se le considerará como autor de un delito único continuado, aunque hubiere diversidad de medio, modo, lugar, tiempo o persona".

LEGISLACIÓN MEXICANA.- En la nota número 30 se transcribió el artículo 28 del código de 1871 y se hizo alusión de la reforma introducida por el código de 1929 cuando hablamos de la opinión de Ricardo Abarca. El Código vigente de 1931 contiene una disposición semejante al Código mencionado en primer término.

Debemos concluir que la legislación federal no contiene la prevención del delito continuado.

LEGISLACIÓN LOCAL.- Los Códigos Penales de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Guerrero, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas no establecen el delito continuado, sino que, siguiendo al Código Federal de 1931 se concretan a establecer el delito permanente.

Los Códigos de los Estados de Chihuahua, Jalisco y Oaxaca no contienen disposiciones sobre el delito continuado, ni tampoco sobre el permanente.

El Código de Durango establece en el artículo 15: "delito continuo es aquel en que la acción o la omisión que lo constituyen se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo; o en que el agente comete varias violaciones de la misma disposición legal, ya sea que éstas se ejecuten en uno o en distinto tiempo, siempre que ellas procedan de la misma resolución criminal".

La primera parte se refiere al delito permanente y la segunda al continuado, aun cuando adolece del error de considerar que los múltiples violaciones puedan cometerse en un solo tiempo, hipótesis en la que puede darse el concurso ideal, más nunca la continuación. El Código de Morelos contiene prevenciones muy semejantes al anterior, difiriendo únicamente en que en lugar de "uno o en distinto tiempo", reza "un solo o distintos momentos".

El Código del Estado de México está formulado en términos muy semejantes al de Guanajuato.

El Código de Sonora contiene prevención idéntica al Código Federal de 1929.

El de Tamaulipas establece (Art. 19): "cuando el delito se cometió en varios actos con una sola intención criminosa".

El de Veracruz (1948) lo establece en los mismos términos del Código Federal de 1929. En el Código anterior se definía en el artículo 18 de la siguiente manera: "Se considerará para los efectos legales, infracción de carácter continuado aquella que se ejecuta mediante realizaciones repetidas en porciones del mismo tipo penal utilizando la misma ocasión o en dependencia causal de aquélla".

El Código de Michoacán establece el delito continuado (Art. 8º.): "Cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma acción procedente de idéntica resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

GUANAJUATO.- El Código de julio de 1871, basado en el proyecto del Lic. Andrés Tovar, no contenía ninguna disposición sobre el delito continuado ni tampoco sobre el permanente.

El Código de 1880 contiene prevenciones idénticas a las de su modelo: el Código Federal de 1871.

El de 1933, en su artículo 15 dispone: "No hay acumulación cuando los hechos constituyen un delito continuo o reiterativo o cuando en un solo acto se violen varias disposiciones penales".

El Código vigente (1956) contiene un artículo idéntico al anterior.

PROYECTOS DE CÓDIGOS FEDERALES.- El conocido como de 1949 en el artículo 18 establece: "Es delito continuado aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales precedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

El de la comisión de estudios penales de la Procuraduría General de la Republica, integrada por Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón, Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel Río Govea, en su artículo 10 expresa: "el delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos. El delito es permanente cuando lo consumación se prolonga por más o menos tiempo. El delito es continuado cuando existe pluralidad de conductas o hechos con unidad de propósito e identidad de lesión jurídica".

Finalmente, el proyecto formulado por la Procuraduría General de Justicia en colaboración con las Procuradurías de Justicia de las Entidades Federativas de nuestro República, en su artículo 22 dispone: "Se considerará como un solo delito, la pluralidad de conductas o hechos con el mismo designio delictuoso e identidad de lesión jurídica, incluso de diversa gravedad".

7.- CONCLUSIONES.- Respecto a la terminología nos parece más adecuada la de "delito continuado", no sólo porque sea la unánimemente adoptada por la doctrina moderna, sino además porque evita confusiones a que se prestan otras expresiones.

Por otra parte, no parece correcto ni adecuado considerar el delito continuado y el permanente como subespecies de un grupo opuesto al instantáneo, pues tan opuesto es el primero al segundo como al tercero, que el permanente al primero

como al último, etc.; de ahí que prefiramos la clasificación tripartita que al principio propugnamos, pues cada uno de ellos presenta características propias que justifican esta separación.

Diferenciando el delito continuado de los anteriores, resulta ahora conveniente distinguirlo del concurso formal o ideal. Lo anterior resulta sencillo y claro si se considera que mientras el concurso se caracteriza por la existencia de una sola acción que se polariza en varios resultados, la continuación exige varias o múltiples acciones, cada una de las cuales tendrá un resultado propio. Única acción y múltiples acciones serán pues, las notas distintivas fundamentales.

La continuación debe diferenciarse también de otras !guras asimiles.

Existen algunos delitos en los que la acción se integra por varios actos y momentos que aún cuando en apariencia importarían varias acciones, en realidad vienen a subsumirse en una sola unidad a virtud de ciertas relaciones de tiempo, de consunción, etc., que entre si guardan.

Así, para llegar a un homicidio (causado con arma cortante, por ejemplo) podrá ser necesario el inferimiento de varias lesiones que importaran en actos y momentos distintos a la muerte misma, pero la unidad de la acción no se pierde; no existe sino una sola acción y un solo delito (relación de consunción).

Piénsese en los casos de robo en los que el sujeto toma varios objetos colocados en lugares distintos de un domicilio que aun cuando el delito se verifique por medio de varios actos, la unidad delictiva aparece perfecta, no solo por la íntima conexión temporal, local, etc., que guardar los mismos, sino además porque, dadas tales conexiones, al derecho le resulta indiferente el número de movimientos corporales

realizados por el ladrón y solo le interesa el monto de la lesión patrimonial. La figura bien podría estar establecida como "el apoderamiento de una o varias cosas ajenas, etc.", pues la tutela no existe en razón de los bienes individualmente considerados.

Claro está que las conexiones antes referidas deberán apreciarse en cada caso concreto tomando en consideración todas las circunstancias que a él concurran. Así, por ejemplo, si el ladrón al abandonar el domicilio recuerda la existencia de un objeto valioso que se halle en el otro extremo y regresa apoderándose del mismo, no parece que se rompa la unidad de la acción, sigue siendo un solo contexto de acción, por tanto un solo delito; pero si, en cambio, abandonada la casa regresa al día siguiente y encontrándola de nuevo sin vigilancia, penetra y roba en la misma, no se puede ya hablar de unidad de la acción.

Lo mismo sucedería, por ejemplo, en el caso de que pretendiéndose privar de la vida a alguien se realizaran varios actos consecutivos que resultaron frustrados (varios disparos que no dan en el blanco o al fallar un arma se hace uso de otra que se llevaba prevenida), en los que existiría un solo delito, una sola tentativa. Ni qué decir si el último acto llega a la consumación del resultado querido, pues se establecería claramente una relación de consunción.

Además de las !guras analizadas el delito continuado debe distinguirse de los complejos (o propiamente compuestos, según Ignacio Villalobos) entendidos como aquellos que se integran por varias acciones cada una de las cuales en sí mismas son constitutivas de una infracción, pero que vienen a formar un elemento o circunstancia calificativa de la infracción que de su edición resulta.

Existen entonces algunos delitos complejos que se asemejan al continuado, (46) puesto que ambos presuponen varias acciones en sí mismas constitutivas de delito, pero su distingo se encuentra en que en la continuación las acciones deben guardar cierta similitud, de tal suerte que unidas (real o fictamente) vienen a formar un delito de la misma especie que sus componentes; en tanto que en el delito complejo las acciones no guardan entre sí ninguna similitud. Esas acciones (delitos) disimiles son elementos constitutivos de una figura que vendrá a ser de especie distinta a sus componentes, o bien alguna de esas acciones tiene el carácter de delitos o tipo base y la o las restantes sufrirán una mutación en su naturaleza: vendrán a transformarse en calificativas del delito base.

El delito continuado se diferencia del delito de hábito (o plurisubsistente, según algunos autores) en que las varias acciones del primero, en sí mismas y aisladamente consideradas son constitutivas del delito, no así en el segundo. Así vemos, por ejemplo, que la figura prevista en el primer párrafo de la fracción V del artículo 340 del Código del Estado, se constituye por la reiteración de una conducta (tres o más compras) que aisladamente consideradas (una sola compra) no es delictuosa.

Por último, la continuación debe distinguirse del concurso real de delitos, más para ello se hacen necesarias varias consideraciones pues entendemos que este punto nos coloca en el verdadero quid del tema.

Existen varios autores que consideran la continuación como una mera ficción (doctrinaria o legislativa), interesándonos destacar aquellos que decididamente se pronuncien en contra de la teoría: Ferri, Leone, Bianchini y Hopfner. (47)

Sin detenerse a analizarlos podríamos asentar que para estos tratadistas los casos de continuación no son sino casos de concurso real y estiman que la teoría no tiene razón de ser, proponiendo su desaparición (48). Ven el delito continuado todas y cada uno de las características del concurso sin encontrar ninguna diferencia.

La postura anterior no nos parece del todo correcta como en seguida veremos. El concurso real presupone una reiteración de infracciones cuyos elementos aparecen claramente diferenciados. Diremos, usando expresiones de algunos ordenamientos positivos, que se trata de hechos distintos. Independientes o cometidos con designios distintos. Esta distinción o independencia puede deducirse de apreciaciones objetivas subjetivas o bien de ambos. Así vernos, por ejemplo, que el que roba el arma con que mata a su enemigo, realiza dos acciones o conductas distintas, bastando uno apreciación meramente objetiva para que derivemos la reiteración. A la misma conclusión llegaríamos en el caso del que mata a dos enemigos por medio de dos o más disparos de arma de fuego, aun cuando en el caso tendríamos que basarnos en apreciaciones preponderantemente subjetivas.

Asentado lo anterior bastaría con recordar las bases de que parte la teoría carrariana de la continuación y la de la teoría alemana, para concluir que el delito continuado y la reiteración no son figuras perfectamente asimilables. La unidad de determinación constituye, para nosotros, su nota diferencial. Claro es que deberá concebirse la misma en forma bastante restringida a fin de que realmente venga a prestar identidad o unidad a las varias acciones del delito continuado, de tal manera que dejen de ser distintas o independientes. Debe ser tal que nos lleve a considerarlas como momentos o fracciones de una sola acción.

Por eso no nos podemos inclinar por la teoría objetiva pura ya que descuida la diferencia esencial con la reiteración. No olvidamos que las exigencias objetivas de la teoría, en el fondo podrían importar la unidad de determinación en el sujeto, pero por muchas que sean esas exigencias siempre quedará un remanente importante de casos que serían encuadrables en la reiteración.

Nos declaramos pues, partidarios de la teoría objetivo-subjetiva, entendiendo sus elementos de la siguiente manera.

UNIDAD DE DETERMINACIÓN.- Además de lo que se ha asentado con relación o este elemento, de acuerdo con la doctrina italiana y de lo expuesto sobre el "dolo unitario" de los tratadistas alemanes, únicamente agregaremos que en todos aquellos casos en que la determinación no ha abarcado todas las acciones que se hubieren verificado, negaremos la continuación. Desde luego que no queremos significar que deba de haberse previsto con precisión todas las acciones, incluyendo las circunstancias locales, temporales y modales que a cada uno concurran, pero la unidad de determinación debe ser tal que nos demuestre encontrarnos ante una sola agresión al derecho (fraccionada o dividida) y no ante varias agresiones. Las acciones deberán ser subsumibles en un plan genérico de agresión al derecho.

No perdemos de vista que, como lo afirma el insigne clásico Francisco Carrara, cada acción requerirá de una particular e inmediata determinación, de una especial manifestación de voluntad, más todas deberán formar "una única conciencia de delito" o sea una sola determinación que las abarque y concebidas y previstas con antelación a la ejecución de las acciones mismas.

Así, negaremos la continuación en el caso de varios apoderamientos de un dependiente en bienes de su patrón, si la finalidad de enriquecimiento se supedita a exigencias o necesidades del ladrón que se van presentando con cierta sucesión temporal; pues aquí, las especiales determinaciones de cada acción no vienen a tomar o integrar una unidad preconcebida, quedando aisladas, independientes entre sí, ya que nacen y se desarrollan conforme las tales exigencias o necesidades se vayan presentando. En cambio, en el caso de un fraude verificado por medio de un sorteo en el que existan varios sujetos pasivos y por tanto varias acciones de engaño que respondan a una concepción unitaria, la continuación nos parece indudable.

Desde luego que la solución de los casos concretos requiere una labor delicada y que está muy lejos de ser sencilla, pero esto no nos autoriza a abandonar la teoría como algunos pretenden, pues así no se soluciona sino se rehúye el problema.

PLURALIDAD DE ACCIONES.- Nada hay que agregar a lo expuesto al respecto, si acaso recordar las distinciones que se asientan al inicio de este número cuando se trataron las !guras asimiles a la continuación.

UNIDAD DE LESIÓN JURÍDICA.- Nos remitimos a lo asentado cuando tratamos la doctrina italiana. Lo que quiere decir que entendemos esta unidad de lesión cuando se verifique a través de delitos de la misma especie, aun cuando de diversa gravedad. También admitiremos la continuación entre un delito consumado y uno tentado, pues la unidad de lesión no se pierde si consideramos que en la tentativa lo que en el fondo se agrede es el bien jurídico tutelar por la figura a cuya consumación se tendía. En realidad las disposiciones legales relativas a la tentativa no son sino amplificadoras del tipo, que captan conductos anteriores a la consumación. (49). La tentativa sin una conexión teleológica con cierto tipo o figura sencillamente no existe.

Negaremos en cambio la continuación cuando se trate de infracciones de especie distinta por la clara razón de que nada puede prestarle identidad a lo que objetivamente se presenta como distinto. Algunas veces se ha discutido la posibilidad de que exista tentativa de un delito continuado (robo continuado, etc.) Sin que nos surja duda alguna sobre la posibilidad de la misma. No insistimos en el tema por las pocas implicaciones prácticas que encierra.

UNIDAD DE SUJETO PASIVO.- Entendemos que la cuestión se relaciona íntimamente con el primer elemento de la continuación y con anterioridad se aludió a los criterios de Impallomeni y Alimena. Sólo agregaremos lo que sobre el tema expone Sebastián Soler por estimarlo absolutamente exacto y certero. (50) Al autor le parece inconcebible que en algunos figuras (como homicidio o lesiones) el delincuente en un solo acto resolutivo pueda determinarse a la ofensa sucesiva de varias personas. "Hay en cada ser humano, agrega, una autonomía absoluta de los demás, con relación a ciertos bienes, de modo tal, que al violarse éstos en personas distintas, el sujeto activo tiene, necesariamente, una representación de esa autonomía". Finalmente sintetiza su pensamiento al expresar, "la unidad de sujeto pasivo no es necesario para la existencia del delito continuado; pero cuando el delito se dirige contra los bienes que sólo en la persona de su titular pueden violarse, la diversidad de sujetos pasivos entraña diversidad de resoluciones, que rompen la continuación, salvo alguna rarísima excepción, y salvo también cuando el tipo de delito requiera, admita o presuponga la pluralidad de sujetos pasivos".

La rarísima excepción la encuentra en el caso del que, atacado por una multitud, repele la agresión excediéndose culposamente en la defensa y causando múltiples homicidios o lesiones.

Encerrado el delito continuado dentro de los límites que se han dejado asentados, aparece indudable su existencia fáctica real y, por ende, su neta distinción con el concurso real de delitos.

Acerca del modo de sancionarse obviamente se concluye que merece una sanción menor que el concurso pero más grave que si se tratara de una infracción realizada con una sola acción. En efecto, el robo de cien pesos cometido por medio de un solo acto ejecutivo aparece menos grave que la misma agresión fraccionada en varias acciones, pues en el último caso existe una persistencia en el dolo del agente que conduce a una reacción más severa. (51)

No se trata, pues, de beneficiar o perjudicar al delincuente, sino que, dados los elementos de continuación, la !gura debe funcionar con todas sus consecuencias jurídicas. Por eso creemos que se extravía un tanto la doctrina cuando atiende fundamentalmente esa situación del inculpado y de la misma deriva su postura sobre el tema.

No escapan a nuestra consideración las importantes objeciones que se hacen a una teoría objetivo-subjetiva como la propuesta.

Principalmente aquellas que se hacen consistir en que, teniendo como base una apreciación netamente subjetiva, psíquica, su funcionamiento en la práctica tropezara con escollos difícilmente salvables para su comprobación. La unidad de determinación se presenta como de difícil acreditamiento.

Lo anterior, aún cuando en algunos casos resulta rigurosamente cierto, nos parece que es un argumento que prueba demasiado y sobre todo, conduce, en algunos autores, a consecuencias que decididamente rechazamos.

Dos son fundamentalmente esas consecuencias. El abandono absoluto de la teoría rechazándola por impracticable y, la segunda, el rechazo y abandono del criterio objetivo-subjetivo adoptando el objetivo puro.

El argumento prueba demasiado porque existen gran número de problemas en el derecho penal que se conectan íntimamente con elementos puramente subjetivos, como en la tentativa, en el dolo, en el establecimiento de sus diversos grados o especies, etc., que no por resolverse con apreciaciones de índole subjetiva, nos conducirán al abandono de su estudio. El Derecho Penal necesariamente tendrá que recurrir a tales apreciaciones, mientras los medios de investigación no sufran una transformación radical.

El acogerse al criterio objetivo puro tampoco nos parece correcto y ya con anterioridad se expresó nuestra opinión al respecto.

La dificultad probatoria aludida y la que pudiera existir para el juzgador determinará la existencia de la continuación, no son argumentos que combatan la teoría, sino, a lo más, indican la necesidad de su perfeccionamiento y evolución.

Se nos ocurre, por último, una posible objeción a la teoría, dado el sistema escogido en nuestra legislación para sancionar el concurso real de delitos. En efecto, la reiteración se sanciona imponiendo la pena del delito más grave, que PODRA aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, es decir, se concede una gran amplitud al arbitrio judicial. Si aunado a lo anterior se recuerdan las dificultades que en la práctica puede encontrar la teoría de la continuación, se podría llegar a estimarla como ociosa o inútil. Si en un momento dado resulta una labor

delicada para el juzgador determinar teóricamente cuando se está en presencia de la continuación y su acreditamiento procesal presenta algunas dificultades, parecería más práctico olvidarse de la teoría y simplemente aplicar las reglas del concurso. (52)

Existe sólo una aparente verdad y una aparente utilidad en lo anterior. Debemos recordar que el concurso y la continuación son figuras distintas y que, por tanto, merecen un trato diferente. La segunda debe sancionarse, incuestionablemente, en forma menos grave que el primero. ¿Más que sucedería (y de hecho sucede) si el juzgador desatendiendo esta diferencia y por tanto la teoría procede a individualizar la 'pena?

La incorrecta determinación de la pena por exceso o defecto, no se haría esperar; o bien, un criterio más perspicaz, notando la diferencia, trataría de adecuar a la misma el amplio arbitrio que la ley le concede, aplicando principios que más o menos se acercarán a los de la continuación, pero como a tales, sino considerándolos como algunas de las "circunstancias" que en forma tan vaga establecen los artículos 47 y 48 de nuestro Código.

Todo lo anterior no resulta, pues, práctico ni útil, debiendo rechazarse decididamente.

La teoría, por ser precisamente atinente a los actos de continuación, vendrá a auxiliar grandemente a la individualización de la pena.

Hemos visto la necesidad de tratar y desarrollar la teoría en la doctrina, así como la prevención legislativa del delito continuado y creemos que en un futuro próximo los ordenamientos positivos (federal y locales) establecerán la !gura, de lo que derivará el pleno desarrollo de la jurisprudencia.

Este trabajo es nuestra modesta contribución al tema, esperando tan solo interesar el mismo a inteligencias más claras y mejor informadas que lo lleven hasta su perfeccionamiento.

NOTAS

En la bibliografía aparece la descripción completa de las obras que aquí se mencionan.

(1).- Op Cit. No. 515.

(2).- Op. y Núm. Cit.

(3).- Derecho Penal, Parte Gral. Cap. XIX, pág. 262.

(4).- Derecho Penal, 2a. Parte, Núm. 26.

(5) .- Derecho Penal, Núm. 21.

(6).- Cit. por Soler.

(7).- Esta opinión nos recuerda una polémica que en la práctica judicial se suscitó en nuestro medio. La misma se conectaba directamente con la prescripción de la acción penal en un caso de despojo, empezando a correr la misma en momentos distintos, según se le considere un delito instantáneo de efectos permanentes o propiamente permanentes. En favor de la opinión de Carrara podría aducirse lo que más adelante asienta respecto a lo que Beling y Soler expresan sobre el verbo típico de la figura, ya que nuestra ley habla de que se "ocupe un inmueble" y desde luego es posible usar el participio presente para designar cualquier momento posterior al acto inicial consumativo. Sin embargo, el legislador no siempre usa adecuadamente los verbos, por lo que sería necesario verificar una delicada y amplia interpretación de la ley para poder afirmar indudablemente la opinión, sin que nos sea dable detenernos más en la digresión.

(8).- Op. cit. II del Núm. 21.

(9) .- Op. cit. II del Núm. 61.

(10).- Más adelante se verán las características objetivas y subjetivas que deben darse en el ejemplo, para poderlo considerar con propiedad como un delito continuado.

(11).- Citado por Soler en la parte II del Núm. 61.

(12).- En realidad esta opinión es francamente dominante en la doctrina. En nuestro medio la sostienen Carrancá y Trujillo, Ricardo Abarca, Quiroz Quarón, Jimenez Huerta, Ignacio Villalobos y otros.

(13).- Carrara op. cit. Núm. 519.

(14).- Tratado, T. II, Núm. 67.

(15).- La postura de este autor, así como la de Allfeld, en rigor no es objetiva pura, pero toda vez que en el desarrollo de la misma dan preponderancia a los elementos objetivos, se les ha clasi!cado así. V. Mezger según nota anterior.

(16).- Código Toscano Art. 80.

(17).- Según Carrara en el estatuto luquense del año 1538, en los capítulos 163 y 165, se desarrolla la teoría de la continuación y que "esta doctrina no sólo fué acogida por los libros de los prácticos, sino que en Italia llegó propiamente a ser patrimonio común de las diversas legislaciones". V. Programa, nota 2 al Núm. 537.

(18).- Cuando menos según nuestras escasas noticias.

(19).- Para Carrara existe delito complejo cuando varias violaciones, en sí mismas constitutivas de delito, mutuamente se integran (como elementos constitutivos o circunstancias cali!cativas) para formar un delito distinto a los aisladamente considerados. Ejem. Robo; allanamiento de morada; robo en lugar habitado; detención arbitraria; asalto; plagio. Artículos 306, 224 y 320 frac. I. - 303 frac. I y

305 frac. III, Cód. del Edo. V. Programa Núms. 168 al 170.

(20).-Tratado, Tomo I, Núm. 187, pág. 421.

(21).- Lo cual no deja de ser extraño por tratarse de un positivista. En Argentina se da el mismo caso con el tratadista Eusebio Gomez.

(22).- Pessina, citado por Soler.

(23).-En términos generales podría a!rmarse que entre la unidad de determinación y la de lesión jurídica existe una mutua acción delimitante en el sentido de que si se concibe la primera en forma general, ampliamente comprensiva, se limitará después, indirectamente, con base en una acepción bastante restringida del otro elemento y viceversa.

(24).- Quien la entiende como de que los hechos queden comprendidos en la "norma incriminadora principal". Cit. por Soler.

(25).- Op. cit. VII del Núm. 61.

(26).- También la sostienen Von Lizt, Mezger, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Sebastián Soler y otros varios.

(27).-Entre nosotros Jiménez Huerta pertenece a esta postura, pues habla de "bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal", pero sin conectar la cuestión con la unidad de resolución sino que en tales casos la unidad se rompe porque existe "el criterio individual que impera en la mente de la ley en orden a la tutela de bienes jurídicos de naturaleza personal". V. Tipicidad, Parte Segunda, b), pág. 225.

(28).-Der. Penal Cap. 31, págs. 358 y sgtes.

(29).- Es fácilmente perceptible la influencia de la doctrina francesa es este autor. Estará para percatarse consultar a M. Ortolan. Tratado. Tomo I. parte segunda, titulo tercero, capitulo segundo, pagina 6.

(30).- El segundo párrafo de la fracción I de artículo 28, reza: "Llámese delito continuo aquel que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción u omisión que constituyen el delito." En tales casos, se dispone, no 'existe acumulación (concurso' real o material).

(31).- El autor no menciona las bases concretas de sus afirmaciones, simplemente habla de "la jurisprudencia", pero sin aludir a fallo alguno ni tan siquiera precisa el órgano jurisdiccional que la originó. Por nuestra parte no hemos encontrado un solo fallo que justifique dichas aseveraciones, aunque, preciso es decirlo, nuestra búsqueda dista mucho de ser completa.

(32).- La postura contraria es dominante en la doctrina mexicana. Nosotros creemos también que no es posible encontrar los elementos del delito continuado en la "definición" de esa ley, cualquiera que sea la postura (objetiva, subjetiva o ecléctica) desde la cual se pretenda analizarla.

(33).- Bastaría invocar, por vía de ejemplo, los casos mencionados por Carrara en la nota 1 al número 520 de su Programa.

(34).- Tomo II, Núm. 292.

(35).- Criminalia. Año VIII, Núm. 2, Oct. de 1941, pág. 110

(35).- Criminalia. Año VIII, Núm. 2, Oct. de 1941, pág. 110 y sig. (sic)

(36).- Usa indistintamente los términos delito continuo y delito continuado.

(37).- Pág. 63 y siguientes.

(38).- Parte 2a. b").-pág. 214 a 230.

(39).- Derecho Penal, parte general, Cap. XII, pág. 161.

(40).- Op. cit. pág. 241.

(41).- V. Amparo Directo 723/959, Luis Eduardo Patiño

Guzmán. Directo 3332/958, Rafael Cortés Núñez. Directo 4660/956, Beatriz Limón Vivanco.

(42).- V. Amparo Directo 4749/960, Leonides Bonilla Bueno. Directo 272/958. Directo 1869/959, Félix Lira García. Directo 370/ 956, Benito Terán Saldívar. Directo 4660/956, Beatriz Limón Vivanco. Directo 1195/959, Jesús Torres Olguín. Directo 4388/949 Alberto Castillo Uribe.

(43).- Ya que existiendo una corriente favorable a establecer el delito continuado y encontrándose previsto en algunos códigos vigentes, la aplicación de los mismos signi!cará el planteamiento y solución de numerosas cuestiones atinentes específicamente a la continuación.

(44).- Resulta interesante destacar que el viejo Código de Baviera establecía las características del delito continuado, según se ve en el primer párrafo de su artículo 110: "Cuando un crimen haya sido cometido varias veces contra la misma cosa o contra la misma persona, las diferentes acciones porque el crimen se haya continuado, no se tendrán más que como un solo hecho, pero en la determinación de la pena serán consideradas como circunstancias agravantes en los límites del artículo 95". V. José María Lozano, Derecho Penal Comparado pág. 94.

(45).- En este Código y en los de Paraguay, Perú y Uruguay se prevé el delito continuado en forma semejante a la establecida en los Códigos de los Estados de Durango y Morelos, por lo que nos remitimos a la crítica que a estos últimos hacemos.

(46).-Ver la nota 19.

(47).- Existen otros autores, como Manzini, que aún cuando consideran el delito continuado una mera ficción, no pugnan por su desaparición en 1a legislación italiana.

(48).- Bianchini establece diferencias en esos casos, resolviéndolos como concurso real o formal, según se trate o no de violaciones a la misma disposición legal.

(49).- Conf. Sebastián Soler. Op. cit. T. II, Núm. 45, págs. 172 y

173. Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, parte 1a. págs. 115 a 116; nota 17 pág. 220.

(50).- Op. cit. T. II, Núm. 61, VII, pág. 355 y siguientes.

(51).- En el proyecto del Código Penal Federal de las Procuradurías de Justicia del Distrito y de las Entidades Federativas, puede verse la forma en que se establece sancionar el delito continuado y que es coincidente con 1o que propugnamos.

(52).- Una opinión parecida se esboza por Mariano Jiménez Huerta. V. La Tipicidad, parte 2a., b"). Págs. 229 y 230.

Bibliografía

ABARCA RICARDO.- "Derecho Penal en México". - Ed, Jus. – México 1941.

BERNALDO DE QUIROZ, CONSTANTINO.- "Derecho Penal".- Ed. Cajica.-Puebla. 1949.

CARRARA FRANCISCO.- "Programa de Derecho Criminal".- Ed. Temis. Bogotá. 1956.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Derecho Penal Mexicano".- Librería Robredo. México 1955. 4ª. Edición.

CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal".- Ed. Bosch. Barcelona 1937.

GOMEZ EUSEBIO.- "Tratado de Derecho Penal".- Ediar, S.A., Buenos Aires. 1939.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- Códigos Penales iberoamericanos.- Estudios de Legislación Comparada".- Ed. Andrés Bello. Caracas. .

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- "El delito continuado y la Legislación Mexicana".- Revista de Ciencias Penales "Criminalia", Año VIII, Núm. 2, Octubre de 1941, México. – "Panorama del delito". México 1950. "La Tipicidad". Ed Porrúa, S. A., México 1955.

LOZANO JOSE MARIA.- "Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja - California". Imprenta del Comercio de Nabor Chávez. México 1874.

MEZGER EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal".- Biblioteca de Derecho privado.- Barcelona.

ORTOLAN M.- "Tratado de Derecho Penal".- Leocadio López Editor. Madrid 1878.

SOLER SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino". - Tipografíca Editora Argentina. - Buenos Aires 1956.

VILLALOBOS IGNACIO.- "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. 2ª edición. México 1960.

El delito continuado
Recensión del artículo del profesor Enrique Cardona Arizmendi

Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

I.- Presentación

El artículo nominado *el delito continuado,* de la autoría del profesor Enrique Cardona Arizmendi, fue publicado en 1964 en la revista del poder judicial del estado de Guanajuato México (tomo I, año I, correspondiente a los números 4 y 5, de junio y julio) en 20 hojas, que van de la página 39 a la 77.

Su autor, originario de Guanajuato capital, nació en 1935 y murió en el 2000. Estudió derecho en la universidad de Guanajuato, así como una especialidad en criminalística por el instituto nacional de ciencias penales. En el ámbito laboral, ocupó varios cargos, entre ellos, agente del ministerio público, juez penal, magistrado del tribunal fiscal del estado, jefe de departamento legal de la tesorería del estado, rector de la Universidad de Guanajuato, procurador general de justicia, y presidente del supremo tribunal de justicia.[1]

1 Cfr. Vidaurri Arechiga, Manuel:Estudios jurídicos en homenaje al licenciado Enrique Cardona Arizmendi. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México. 2012; passim.

De su obra escrita destacan, el *código penal comentado del Estado de Guanajuato concordado con el código penal federal con exposición de motivos y jurisprudencia*, *nuevo código penal comentado del Estado de Guanajuato, con exposición de motivos, jurisprudencia y reformas al código de procedimientos penales y apuntamientos de derecho penal.*

El aparato crítico de ese texto, sigue la sistemática de colocar al final las notas al pie. Su investigación se basa en 13 libros, de los que el autor extrajo el estado de la discusión sobre el delito continuado, en los años sesenta del siglo pasado, rastreó sus orígenes y, después de ello, asumió su criterio.

Desarrolló su texto partiendo de la clasificación tripartita del delito, que los divide en instantáneos, permanentes y continuados; siguió escudriñando los orígenes de los últimos mencionados, en Alemania e Italia; se detuvo para describir la concepción mexicana del tema y pronunció su tesis explicando su uso práctico.

Dividió el ensayo en 7 puntos: 1.- Delitos instantáneos, permanentes y continuados. 2.- Origenes. 3.- La doctrina alemana. 4.- La doctrina italiana. 5.-El delito continuado en México. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. 6.- La legislación. Y 7.- Conclusiones.

II.- Sinopsis

Antes de 1964, en México, prácticamente no existían estudios científicos, ni tampoco estaba reconocido en la ley el delito continuado, lo que explica que sus inicios doctrinarios y jurisprudenciales fueran francos extravíos, malas comprensiones y criterios contradictorios, lo que motivó al profesor Cardona para realizar un análisis del estado de la cuestión, en aquellos tiempos.

– Expuso – que el origen del criterio del delito continuado, fue librar de la muerte al ladrón del tercer robo, y de ahí en adelante, su pretensión fue lograr la benignidad de la ley ante castigos desmedidos (P. 44).

– Prefirió – la terminología de delito continuado sobre cualquier otra, por su sencillez y por ser reveladora del tema, que lo definió, siguiendo a Soler, como el que "(...) se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley" (p. 43).[2]

Su naturaleza jurídica, – a juicio del autor – se localiza en el *principio de continuidad,* o de *la conexión continuada,* de cuño alemán (P. 44) y paralelamente expuso 3 tesis de origen italiano, explicando la razón por la que una pluralidad de conductas, debe ser considerada una sola. Caso de las tesis de la ficción, realista y realidad jurídica (P. 50).

2 Posteriormente, cambió el concepto por uno propio como: "(…) Unificación jurídica y axiológica con circunstancias locales y modales diferentes (…)". Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez Cuauhtémoc: Código penal comentado del estado de Guanajuato. Tercera edición. Orlando Cárdenas editor. Irapuato Guanajuato. 1978; p. 104.

– Precisó – que el *criterio del delito continuado,* pertenecía a la clasificación tripartita de delito, donde convive con el delito instantáneo como con el permanente, los que diferenció gráficamente, indicando que el delito instantáneo es como un punto, el permanente con una línea recta y al continuado con puntos suspensivos (p. 43).

– Aseguró – que el criterio del delito continuado, pese a los detractores, tenía una utilidad para contrarrestar la mala praxis de sumar todas las sanciones de todas las conductas; lo que, en ocasiones, implicaba sanciones exorbitantes. Por eso, el fin del delito continuado, es conseguir tanto una imputación, como una sanción global, que atempere el castigo, cuando es irracionalmente desmedido.

– Rastreó – los elementos del delito continuado en Alemania y en Italia, descubriendo, la doctrina objetivo-subjetiva (alemana) (P. 45), la doctrina objetiva o realista (alemana) (P. 46) y la tesis subjetivista (italiana) (P. 46).

Luego, se adhirió a la postura subjetivo-objetiva, considerando que el delito continuado consta de 2 elementos: 1.- En el lado subjetivo, el dolo unitario, manifestado en un plan del activo preconcebido desde el inicio y 2.- En el lado objetivo, las acciones homogéneas (P.45).

Con dicha postura – sustentó – que los elementos del delito continuado son: Unidad de determinación, pluralidad de acciones, unidad de lesión jurídica y, en ciertos casos, unidad de sujeto pasivo (Pp. 67 a 71).

Cuando se reúnen todos los ingredientes del delito continuado, debe existir un tratamiento punitivo especial que ciertamente sancione más grave, que en el caso del castigo que se aplicaría si fuera un solo delito, pero más leve que la suma de todas las conductas (P. 44).

III.- Valoración crítica

El artículo del profesor Cardona, fue de los primeros en México que analizó el delito continuado, y quizá sea el más antiguo en el estado de Guanajuato; y lo sea o no, debe ser un antecedente de consulta obligada.

Más aún, cuando se escribió, en México, el tema del delito continuado, no era ley, sino una postura doctrinaria; y para muchos era algo distante y ocioso. Hoy es evidente que los detractores se equivocaron.

Se basó en 13 fuentes bibliográficas, y se debe considerar lo difícil que en aquellos ayeres era conseguir libros extranjeros y, además, realizar un análisis, desde la provincia mexicana, del contexto jurídico internacional.

El aparato crítico del texto sigue la sistemática de colocar, al final del artículo, las notas y comentarios, lo que era más práctico en los tiempos en los que se hizo la publicación, cuando se trabajaba con máquinas de escribir. Ahora, las nuevas formas de reportar trabajos de investigación, mayoritariamente conducen a colocar notas al pie de página (caso de sistema Harvard o Chicago, o método de la página del autor de citas en el texto etc, etc.) o en el mismo texto (caso del sistema APA).

Pese a que ha trascurrido más de medio siglo desde que se publicó el texto original, algunas conclusiones permanecen vigentes y otras, el paso del tiempo, las ha redefinido. Cierto, no de forma pacífica, aunque sí con mejores argumentos, como son los temas de su propia definición, y el tipo de dolo que se necesita para considerar acreditada la existencia del delito continuado.

Origen

El origen histórico del delito continuado, fue salvar de la muerte al ladrón tres veces procesado, de ahí en adelante, se considera que su función, para la que fue creada y que se conserva, es un argumento de justicia que busca atemperar la dureza de la ley cuando se torna injusta.

Dicha institución jurídica, en muchos países, pasó de ser doctrina a ley positiva de diferentes formas, por lo que es necesario distinguir el tema de delito continuado, como indica la doctrina científica y como está previsto en la legislación.

Terminología

Cardona utilizó el término delito continuado, por su claridad, de forma tal que por su propio nombre se autodefine, lo que es un argumento que subsiste a la fecha y es suficiente para descartar otros nombres como *unidad de hecho, unidad jurídica* o *unidad de delitos homogéneos*, *concurso material aparente*, *concurso real homogéneo y sucesivo de delitos,*[3] *concurso material aparente*[4] o *unidad natural de acción*.[5]

Concepto

3 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta edición. Comares. Granada España. 2002; p. 769.

4 Cfr. Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y concurso de delitos. Universidad de los andes. Grupo editorial Ibáñez. Colombia, Bogotá-2012; p. 413.

5 Cfr. Mir Puig, Santiago: Derecho penal. Parte general. 10 edición. Editorial B de F. Buenos Aires Argentina. 2016; p. 670.

Como ya se escribió, en la fecha que el profesor Cardona escribió la institución del delito continuado, no estaba en la ley, adoptando el concepto ya anotado de Soler.[6]

A la fecha, el numeral 10 del código penal del estado de Guanajuato, aborda el delito continuado indicando sus elementos: "(...) unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal. Tratándose de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad se requerirá identidad de sujeto pasivo (...)".

Uniendo las definiciones doctrinarias, y los elementos que da la ley local, se puede definir como:

La ficción jurídica por la que varias conductas acontecidas en el mundo real, jurídicamente se consideran una sola. Requiriendo que el activo dolosamente viole el mismo precepto legal, y en casos de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad, se necesita que la persona afectada sea la misma; mientras, para el resto de los delitos, puede ser la misma persona o diferentes.

Naturaleza jurídica

Cardona expuso 3 posturas que explican la naturaleza jurídica del delito continuado, sin decantarse expresamente a favor de alguna; aunque su exposición es coherente con la tesis de la ficción jurídica.

6 El profesor Cardona, en un primer momento adoptó el concepto de Soler quien definió el delito continuado como "(…) una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley" (P. 43). Posteriormente lo concibió como "(…) unificación jurídica y axiológica con circunstancias locales y modales diferentes (…)". Cfr. Cardona Arizmendi, Enrique, y Ojeda Rodríguez, Cuauhtémoc: Código penal comentado del estado de Guanajuato. Tercera edición. Orlando Cárdenas editor. Irapuato Guanajuato. 1978; p. 104.

Actualmente, algunas de las teorías que explican la naturaleza jurídica del delito continuado son: La teoría de la ficción, la realista, la realidad jurídica y la de la combinación.[7] Y de ellas, destaca que considerar una pluralidad como una singularidad, no es un argumento que pertenezca al mundo real, sino que es una neta ficción del mundo jurídico.

En efecto, el delito continuado es una abstracción jurídica, donde 2 más 2 no son 4, sino 1, lo que es congruente con los argumentos jurídicos que, a diferencia de las ciencias exactas, son artificios llenos de abstracciones que hay que descifrar.

No sobra destacar que el derecho debe interpretarse con un método propio de las ciencias sociales, ya que, aun en estas fechas, resulta extraño para algunos que el método jurídico no coincida con el de las ciencias exactas, por lo que no encuentran lógico que el delito continuado considere como una sola conducta, a una pluralidad de ellas.[8]

Asumido que el delito continuado es una ficción jurídica, o parcialmente ficticia,[9] debe aplicarse atendiendo a cada caso concreto[10], para atenuar la rudeza punitiva innecesaria.

7 Cfr. Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y … p. 431.

8 Cfr. Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y …, p.415.

9 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho… p. 770.

10 Cfr. Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y …, p. 431.

Por ejemplo, en el delito de robo, se establecen diferentes hipótesis de castigo, acorde al monto de lo robado. En algunos casos, considerar el delito continuado (atendiendo al monto total de lo apoderado) puede implicar una sanción más grave que aplicar las reglas de concurso real, supuesto en que se debe determinar lo que más favorezca al responsable.

Colocación en la teoría del delito

En aquellos ayeres Cardona analizó el tema de marras sólo desde el punto de vista teórico, pues, como ya se dijo, aun no estaba previsto en la ley, y lo hizo partiendo de la clasificación tripartita del delito, que lo secciona en instantáneo, permanente y continuado; es decir destacando las características de la conducta.

A la fecha, en Guanajuato, y en otras latitudes, como Alemania y España, el tema se analiza en el rubro de concursos; es decir, lo colocan en el código acorde a su tratamiento punitivo, no acorde al número y tipos de actos que lo integran.

La utilidad de la institución

Algunos dijeron en el pretérito, y aun dicen en la actualidad, que la idea del delito continuado no debe existir, exponiendo diferentes razones: que es una institución fuera de la realidad,[11] que en nada ayuda a reducir la carga de trabajo, y, por el contrario, implica más, ya que se necesita justificar todas y cada una de las conductas, como se hace en el concurso[12], y otros sencillamente porque no están de acuerdo y les convence el castigo irracional.

11 En este sentido Del Rosal, Juan: Consumación y aplicación de la ley penal en el delito continuado. En anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 1, Número 2. Dialnet. Universidad de la Rioja, España. 1948; pp. 282 y ss.

12 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho… p. 770

Empero, el delito continuado es indispensable para la justicia, para evitar el sadismo punitivo que equivale a iniquidad. Por supuesto, el responsable del delito debe recibir una consecuencia jurídico-penal, pero en su justa medida.

Muchas cosas del pasado no han cambiado. Subsiste el sofisma histórico de que las sanciones severísimas, más allá de toda lógica, son eficaces para combatir el delito. Pero antes no funcionó; no funciona ahora, y no funcionará en el futuro.[13]

El tema de la no aplicación del delito continuado, va de la mano con el de las altas sanciones, que se alimenta de la conciencia social de retribución, que busca un castigo contra el delincuente, algo que le haga sufrir.[14]

Las altas sanciones son un infierno real, no una ficción, y para evidenciarlo, vale hacer una comparación de las sanciones que se aplican en México con otras de otros países.

13 "(…) El endurecimiento del código penal se presenta como una fórmula para incrementar la seguridad, pero es fácil comprobar que estas medidas nada tienen que ver con la comisión o no de nuevos delitos, con la seguridad ni con la prevención. Quien comete un delito terrible, de los que encajarían en las normas modificadas, no deja de hacerlo si la condena prevista es de 30 años o de 40 o de toda la vida. El incremento de la pena no actúa como elemento disuasorio en estos casos (…)".Gallizo, M.: La cadena perpetua no construye seguridad. En letras libres 6 febrero 2018. En http://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/la-cadena-perpetua-no-construye-seguridad. Consultada el 22 de abril del 2018.

14 "(…) al comienzo de casi todas las culturas existe el pensamiento de la retribución, imposible de erradicar de la conciencia jurídica general (…)". Schunemann, B.: Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva.. En política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Editor Jesús-María Silva Sánchez. Editorial Bosch. Barcelona. 1997. En https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/19/sobre-la-critica-a-la-teoria-de-la-prevencion-general-positiva-b-schunemann/ consultado el 20 de abril del 2018.

Se tiene el caso del serbio-bosnio Radovan Karadzic, que fue sentenciado por el tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, por una serie de crímenes internacionales, cometidos entre 1991 y 1995, en Bosnia y Herzegovina, a sufrir 40 años de prisión.[15] O el secuestro de Heineken y de su chofer, donde se pagó de rescate 35 millones de florines y la sentencia fue de 12 años de prisión por el delito cometido contra el empresario y 9 años por el sufrido por el chofer.[16]

De manera diferente, en México las sanciones de delitos graves se han elevado, y se apartan de todo contexto racional, habiéndose impuesto castigos de cárcel que, materialmente, implican una cadena perpetua, y prácticamente lo es toda sanción de más de 30 años.[17]

Por mencionar solo un ejemplo: En la ciudad de México, en el caso del bar Heaven, se condenó a tres personas a padecer más de 500 años de prisión, por el secuestro y homicidio de 13 jóvenes.[18]

15 Cfr. Diario el espectador: Sentencia de Radovan Karadzic. En https://www.elespectador.com/opinion/opinion/condena-contra-karadzic-una-sentencia-historica-columna-626197 consultado el 2 de abril del 2018.

16 Cfr. Diario el país: El secuestro de Heineken elpais.com/diario/1984/10/18/internacional/466902024_850215.html consultado el 2 de abril del 2018.

17 "(…) La cadena perpetua es, además de innecesaria para nuestro sistema de seguridad e ineficaz para la prevención del delito, una pena inhumana y degradante. Para muchos, es un castigo más cruel que la pena de muerte porque es condenar a alguien a vivir el resto de su vida sin horizonte, sin esperanza, sin futuro. Por eso tantas personas condenadas a perpetuidad acaban quitándose la vida. Esta es una siniestra realidad que viven algunos sistemas penitenciarios de algunos países que mantienen esta pena (…)". Gallizo, M.: La cadena perpetua no,

18 Diario animal político: Caso Heaven. En https://www.animalpolitico.com/2015/09/mas-de-500-anos-de-prision-a-tres-responsables-por-caso-heaven/. Consultado el 22 de abril del 2018.

Doctrinas que explican los elementos del delito continuado

El profesor Cardona examinó las tesis que explican los elementos del delito continuado, cuya postura subsiste, con ajustes propios del paso del tiempo.

Hoy se identifican 3 tendencias principales: la doctrina objetivo- subjetiva, la doctrina objetiva o realista alemana y la tesis subjetivista italiana; y alrededor de ellas hay otras muchas posturas que matizan las ideas principales.

La tesis objetiva – subjetiva indica que tanto los actos como la intención del activo deben atenderse para considerar el delito continuado, por lo que sus elementos son: Voluntad única, pluralidad de actos uniformes, estrecha relación espacial y temporal de los actos individuales y pertenencia al mismo grupo reconocible también objetivamente y para un tercero.[19]

Mientras la doctrina objetiva da prioridad a la ejecución similar de los actos y precisa que sus elementos son: Unidad de ocasión, similitud de tipo, unidad de bien jurídico lesionado y homogeneidad en la ejecución.[20]

Por otro lado, la tesis subjetiva da realce a la voluntad del activo en cometer, desde un inicio, todas las acciones. Considerando que los elementos del delito continuado son: Unidad de resolución, unidad de lesión jurídica y pluralidad de acción.[21]

19 Roxin, Claus: derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tomo II. Traducción y notas de Diego –Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañon, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Thompson Reuters. Navarra España. 2014; p. 950

20 Madariaga, Francisco: Delito continuado. En enciclopedia jurídica omeba. Tomo VI. Defe-Dere. Driskill S.A. .Buenos Aires Argentina. 1991; p. 265.

21 Cfr. Madariaga, Francisco: Delito continuado. En enciclopedia jurídica…, p. 265.

Cardona considero algo de la tesis alemana objetivo-subjetiva, pero particularizó los elementos del delito continuado en: Unidad de determinación, pluralidad de acciones, unidad de lesión jurídica, y, en ciertos casos, unidad de sujeto pasivo. Como también asumió la postura subjetiva italiana que dispone justificar un plan global previamente concebido.

El último párrafo del artículo 10 del código penal de Guanajuato es coherente con alguna de las conclusiones anteriores, más no define el delito continuado, ni limita a la existencia de dolo unitario.

Pues bien, ni en las conclusiones del pluricitado autor, ni acorde al texto legal, es posible presentarse en delitos imprudentes[22] (a diferencia de las legislaciones que siguen la tesis puramente objetiva, en él sí caben los delitos imprudenciales),[23] punto en que existe una opinión mayoritaria.

22 En este sentido, consta el criterio del poder judicial de Guanajuato que literalmente sostiene: Delito continuado, previsto en el artículo 10, tercer párrafo, del código penal del estado de Guanajuato. Se actualiza sólo en los casos de delitos cometidos dolosamente y no de aquellos de realización culposa. Conforme a la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 10 del Código Penal del Estado de Guanajuato, para que un delito sea continuado, se requiere de la concurrencia, entre otros factores que ahí se describen, de la unidad de propósito delictivo en quien tenga carácter de sujeto activo. Lo anterior significa que éste, al ejecutar el primero de los actos ilícitos, tiene ya la intención de llevar a cabo los futuros hasta alcanzar su finalidad; por lo tanto, el delito llamado continuado sólo puede actualizarse cuando es cometido dolosamente, y no cuando se ejecuta culposamente, pues es en el primer caso cuando el agente delictivo actúa queriendo la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previniéndolo al menos como posible, en términos del artículo 13 del mismo ordenamiento legal citado, y así puede sostenerse entonces, en su caso, que una persona tiene unidad de propósito ante una pluralidad de conductas cometidas por ella que violen un mismo precepto legal. Criterio sustentado por la Cuarta Sala Penal unitaria del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, en la resolución pronunciada el 19 de junio de 2015 en el toca número 109/2015, formado con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto dictado el 8 de mayo de igual año, por el Juzgado de Partido en materia Penal de la ciudad de San Miguel de Allende, en el proceso penal 16/2015. Boletín jurídico. Núm. 6. Año 2015. Pág. 12.

23 Cfr. Cfr.- Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho… , p 772.

Mas, en la interpretación del concepto *propósito delictivo,* si hay acida discusión actual. Como ya se dijo el profesor Cardona asumió el concepto de dolo unitario (o dolo de conjunto o dolo global) caracterizado por un plan preconcebido desde el origen.[24]

Cardona, en su artículo del que se ha insistido fue anterior al precepto legal, afirmó la inexistencia de delito continuado en el caso del trabajador que realizó múltiples robos a su patrón, en diferentes ocasiones aprovechando las circunstancias. Por lo que –aseguró– no hubo un plan preconcebido (P. 67).[25]

24 Tal como se sostuvo en la tesis de jurisprudencia que estipula: Delito continuado y acumulación real de delitos. La falta de comprobación de la unidad de propósito en la ejecución de los actos ilícitos en el primero, actualiza el segundo (legislación del estado de Sonora). Conforme al artículo 5o., fracción III, del Código Penal del Estado de Sonora, el delito continuado se integra con los siguientes requisitos: a) la reiteración de conductas ilícitas; b) la ejecución de hechos de idéntica naturaleza, que afecten al mismo ofendido e idéntico bien jurídico tutelado; y, c) que desde la realización de la primera conducta haya unidad de propósito delictivo, es decir, que al iniciarse el primero de los actos ilícitos exista intención de llevar adelante los actos futuros, hasta llegar a la unidad, alcanzando el propósito final, por lo que ante la falta de comprobación de ese elemento (unidad de propósito), debe considerarse que existe acumulación real de delitos y no delito continuado. Época: Novena época. Registro: 177031. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXII, Octubre de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: V.2o.50 P. Página: 2335.

25 En esta misma postura, se pronunciaron las jurisprudencias que literalmente sostienen:
Violación. Se actualiza el concurso real homogéneo de delitos cuando un mismo sujeto activo comete dos o más ilícitos iguales en contra del mismo pasivo, realizados en distinto tiempo (artículos 182 y 183 del código penal para el estado de Veracruz, antes de su reforma y reubicación, publicada el dos de abril de 2010). Los elementos del delito de violación, a que se refieren los artículos 182 y 183 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, antes de su reforma y reubicación, son los siguientes: a) por medio de la violencia física o moral; b) se tenga cópula, entendida como la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima de cualquier sexo (ya sea menor de catorce años, o persona que no tenga la capacidad de comprender

el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistir); y, c) que sea por la vía vaginal, anal u oral. Tomando en consideración que dicho ilícito es de naturaleza instantánea, porque en el mismo momento en que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, en el supuesto de que el sujeto activo agote los elementos típicos en el cuerpo de la víctima, encaminados en cada ocasión a consumar dicho ilícito, pero en diversos momentos, siempre que entre ellos hubiere secuela y separación en el tiempo, se lesiona el bien jurídico tutelado, por lo que debe considerarse que se actualiza el concurso real homogéneo de delitos. En este caso, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo ese esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos, entendiendo como tal el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común y por esa razón integran un delito único. Contradicción de tesis 397/2010. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región del Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito. 23 de febrero de 2011. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Época: Novena época. Registro: 161932. Instancia: Primera sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 24/2011. Página: 179.

Abuso sexual. Se actualiza el concurso homogéneo de delitos cuando exista pluralidad de conductas ejecutadas por el mismo sujeto activo en contra del mismo pasivo, realizadas en distinto tiempo.Cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumar dicho ilícito, en cada una de ellas se actualizará un delito independiente, pues el abuso sexual es un delito instantáneo, porque en el mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado, esto es, se destruye o sufre un menoscabo el bien jurídico tutelado, por lo que debe estimarse que se actualiza el concurso real homogéneo de delitos. En estos casos, no puede hablarse de un delito continuado, porque las conductas que se producen bajo ese esquema no son susceptibles de actualizar la unidad de propósito delictivo que requiere este tipo de delitos, entendiendo como tal el elemento de carácter subjetivo que exige del sujeto activo un conocimiento estructurado, un trazo a modo de plan o proyecto o un designio único, mediante el cual las diversas acciones delictivas aparecen significando etapas de realización hacia un objetivo común y por esa razón integran un delito único. Contradicción de tesis 125/2005-PS. Entre las sustentadas por

Dicha postura colisiona con la del dolo independiente que no exige un plan preconcebido único sino solo motivaciones semejantes[26] y en ese sentido, en este siglo, el profesor español Muñoz Conde,[27] aseguró que el empleado que, durante un largo tiempo, se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero de la caja de la empresa donde trabaja, comete un solo delito. Es decir, no se necesita la justificación de un plan preconcebido sino que se aprovecha la ocasión.[28]

los Tribunales Colegiados Segundo y Octavo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Época: Novena época. Registro: 176058.Instancia: Primera sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 201/2005. Página: 33.

26 Cfr. Mir Puig, Santiago: Derecho penal. Parte…, p. 672.

27 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, y Gracia Aran, Mercedes: Derecho penal. Parte general. 8ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Tirant lo Blanch. México. 2015; p. 471.

28 En este sentido se localiza la tesis de jurisprudencia que dice: Intervención de comunicaciones privadas. Constituye un delito continuado, cuando existe unidad delictiva en la intención. El ilícito de intervención de comunicaciones privadas es, por regla general, un delito instantáneo, ya que su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos y sólo por excepción, en el supuesto de que exista unidad delictiva en la intención, constituye un delito continuado, cuando con pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal; por ello, en casos así, todos los actos cometidos deben considerarse en conjunto como un solo delito ejecutado durante determinado tiempo, porque de no proceder de esta manera, se admitiría la posibilidad de procesar a los inculpados varias veces por hechos similares verificados durante el tiempo que duró su intención delictuosa, considerándolos aisladamente y hasta existiría la posibilidad de que se dictara por cada uno diversa sentencia, en franca contravención también al artículo 23 constitucional, que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya que no pueden existir tantos delitos cuantas sean las intervenciones de comunicación realizadas, sino que deben estimarse como uno solo. Época: Novena época. Registro: 183796. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XVIII, Julio de 2003. Materia(s): Penal. Tesis: I.4o.P.20 P. Página: 1146.

De la riña de ideas, aparece con mejores argumentos la del dolo independiente pues aceptar la tesis de dolo unitario, materialmente implica la muerte del delito continuado, ya que es prácticamente imposible o al menos muy difícil justificarlo.[29]

De por sí, la acreditación del aspecto subjetivo tiene sus bemoles; justificar además que, desde el principio, el activo, tenía un plan preconcebido para realizar todas las acciones, no es viable procesalmente hablando.

Y esto se refleja con un grupo de criterios del poder judicial federal mexicano, que se adhieren al concepto de dolo unitario y, por cierto, en casos fácticos similares, en Alemania, se determinó que se trata de supuestos de delito continuado.

Sólo por mencionar un ejemplo, recuérdese el caso de reiterados abusos sexuales contra un niño, que en la doctrina tudesca fue aceptado como un ejemplo de delito continuado, mientras que en México se le calificó como concurso real.[30]

Adicionalmente no debe olvidarse que el objeto inicial del delito continuado fue liberar del castigo de muerte al ladrón triplemente reincidente; en cuyo caso, si se hubiera exigido la comprobación de un plan único desde el primer robo hasta el último, sencillamente se quedaría sin razón de ser la institución citada.

Otro argumento para no concordar con la postura del dolo unitario, es que, aun aceptándolo como válido, se llega a un similar resultado, de considerar la existencia del delito continuado, en aplicación del *principio in dubio pro reo.*

29 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho… p. 771.

30 Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho… p. 771.

La fiscalía tiene la carga de la prueba, por lo que para la existencia de un concurso real, necesita justificar que cada una de las conductas del activo tuvieron una intención única y diferenciada de las demás y, si no justifica el dolo individual para cada conducta, en aplicación de lo más benéfico para el procesado, ortodoxamente debe considerarse ante la deficiencia probatoria, el dolo unitario, y por ende, el delito continuado.

En fin, hoy se puede estar o no de acuerdo con las conclusiones del profesor Cardona, pero, parafraseando otra tesis penal pretérita, fue *conditio sine qua non* para la producción del momento en que ahora estamos.

Tratamiento punitivo del delito continuado

Cardona indicó que el delito continuado debe ser sancionado más gravemente que un delito individual, pero menos que un concurso.

El código penal de Guanajuato deja al juzgador, en la individualización de sanciones, determinar las consecuencias jurídicas, atendiendo a un sólo delito perpetrado por varias conductas.[31]

31 Como lo sostiene la tesis de jurisprudencia mexicana: Individualización de la pena en los delitos continuados calificados. Momento en que debe aplicarse la regla de punición prevista en el artículo 83 del código penal para el estado de Baja California. El precepto citado establece que en caso de delito continuado, la pena correspondiente al “delito cometido” podrá aumentarse en una mitad más sin que exceda del máximo previsto en el título tercero de ese ordenamiento. Luego, si el delito continuado acontece cuando, con pluralidad de conductas y unidad de propósito delictivo, se viola el mismo bien jurídico tutelado, de manera que tales acciones no entrañan diversos ilícitos, sino uno solo, porque existe unidad de ofensa y daño, entonces, en caso de que en todas ellas se reúna la misma característica agravante, al existir homogeneidad en las acciones, es incontrovertible que el “delito cometido” es el ilícito básico junto con su correspondiente agravante. Consecuentemente, en tal hipótesis,

Otras legislaciones dan tratamiento diferente al delito continuado, aumentando la sanción, caso del artículo 64 del código penal federal[32], o incluso en algunas legislaciones se le considera una especie de concurso.[33]

al individualizar la pena, el Juez deberá, en primer lugar, imponer la que corresponda por el tipo básico, posteriormente por la agravante y, finalmente, aplicar la regla de punición prevista en el mencionado numeral, sin que ello implique infracción al principio non bis in idem, pues no se está sancionando dos veces la calificativa, porque las conductas que completan el ilícito continuado integran un solo resultado delictivo y desvincular de éste la agravante que haya quedado demostrada en el proceso, implicaría modificar la acusación penal. Época: décima. Registro: 2006572. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del semanario judicial de la federación. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III. Materia(s): Penal. Tesis: (V Región)5o.13 P (10a.). Página: 2035.

32 El artículo 64 del código penal federal en la parte conducente señala "(…)En caso de delito continuado, se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero(…)".

33 En el contexto español, para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el delito continuado es una modalidad del concurso real que se conforma, según sentencias del tribunal supremo de fecha 18 de febrero de 2010 y 22 de marzo de 2010 con: 1) Una pluralidad de acciones diferenciadas. 2) Una cierta conexión temporal (que no trascurra entre ellas un tiempo excesivo). 3) Que se realicen conforme a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (dolo unitario). 4) La homogeneidad (identidad o semejanza) del precepto infringido. 5) Identidad del sujeto o de los sujetos activos (lo que no impide que durante la continuidad delictiva se pueda producir la incorporación o el abandono de algún autor o partícipe, respondiendo sólo del tramo de continuidad en el que intervino. En http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp consultadas el 1 de abril del 2018.

Dependerá del texto legal la explicación del tratamiento punitivo del delito continuado, aunque desde el punto de vista doctrinario, es congruente lo que apuntó el profesor Cardona en el sentido de que debe reprimirse más severamente que un delito simple, pero menor que un caso de concurso.[34]

34 Ilustra en el punto el criterio jurisdiccional del estado de Guanajuato que sostuvo: Distinción entre concurso real y delito continuado. Quinta Sala Penal.- Toca número 153/979.-Magistrado: Ángel Martínez Inda. En realidad, es uno solo el agravio formulado por el fiscal, aunque se expresen diversas razones con la pretensión de explicarlo y fundamentarlo; el fondo del problema que plantea consiste en afirmar que en la especie se da un concurso real de delitos, en los términos de los artículos 28 y 30 del Código Penal de actual vigencia, porque el inculpado cometió el mismo delito de extorsión que define el artículo 291 del propio Ordenamiento en cinco ocasiones diferentes y en perjuicio de diversos pasivos, por lo que, afirma, debe acumularse la sanción que corresponde a cada uno de dichos ilícitos; de tal criterio, deduce que la a-quo implico dichos preceptos y que se fundamento erróneamente en el artículo 30, fracción V del mismo Código que contempla uno de los casos en que se declara improcedente el concurso por darse la hipótesis de absorción o consunción de una figura en otra, porque se comprenden en una sola, valorativa o descriptivamente en sus elementos concluye el apelante que por esta razón, aun aceptando, sin conceder, que la peligrosidad del inculpado fuera mínima, no procedería, merced a la acumulación de penas, la concesión del beneficia de la condena condicional que se otorgó en la sentencia impugnada. Respecto a tales argumentos, es cierto que la Juez de Primer Grado aplicó exactamente el artículo 30 del Código Penal, fracción V pues no se da en el caso el supuesto jurídico de consunción o absorción al que dicha fracción se refiere, pues esta alude a figuras típicas distintas que llegan a identificarse porque una comprende valorativa o descriptivamente los elementos de la otra y se produce en casos en que tal absorción o consunción opera “de medio a fin (uso de documento falso y fraude), de peligro o daño (disparo de arma de fuego y lesiones), de menos a más (homicidio y parricidio), etcétera, casos en los que la absorción opera de la menos grave a la más grave sancionándose solo está (exposición de motivos del actual Código Penal), situación que no se da en la especie repetimos pues en ningún momento concurren figuras delictivas diversas en las que se produjera el fenómeno de la absorción, sino una sola figura típica definida como extorsión por el artículo 291 del propio Código a que antes se hizo alusión; sin embargo, el aserto del Fiscal resulta irrelevante en el caso que estudiamos pues a pesar de lo infundado del razonamiento del Juez en que pretende fundar su sentencia, tampoco es el caso de aplicar los artículos 28 y 30 del Código Penal que considera violados el

recurrente, ya que no estamos en presencia de un concurso real, como él lo pretende, pues aunque aparentemente la literalidad del primero de dichos preceptos le daría la razón al definir dicho concurso como la comisión de "varios delitos ejecutados en actos distintos" basta analizar los medios comisivos emplazados por el acusado "su unidad de intención, criterio de identidad objetiva de la conducta y unidad de resolución" (exposición de motivos antes señalada), para comprender que la realidad de lo acontecido nos coloca frente a la hipótesis definida en el artículo 14 del Código Penal como delito continuado, independientemente de que los sujetos pasivos sean diversos (pues 1a identidad del pasivo para configurar tal delito solo se requiere en lesiones o agresiones contra la vida, 1a sa1ud, el honor, la libertad y la honestidad de las personas), y que los actos constitutivos del mismo se hubieren verificado en diferentes ocasiones; bien es verdad que 1a distinción en casos como el presente, entre concurso real y delito continuado, es sutil y motiva duda y discusión, pero profundizando en 1a conducta del agente, en la observación de su finalidad, en el empleo de los métodos o medios comisivos, esto es, en lo que la doctrina califica como "criterio de identidad objetiva, unidad de la lesión JURIDICA (no personal) y unidad de resolución", como se hizo notar en líneas precedentes, encontramos la pauta para establecer la diferencia entre una y otra de las hipótesis a que antes aludimos, entre concurso de delitos y delito continuado (en el que, obviamente, por ser uno solo, no hay posibilidades de concurso), demostración que solo se obtiene a posteriori, en cada caso, mediante juicios de valor que debe formular el Juzgador, analizando todas las constancias pertinentes de autos de las que pueda desprender un criterio fundado, razonable, que lo capacite para resolver el problema que se le plantea. No resulta ocioso invocar en apoyo de nuestra idea los argumentos de la doctrina en los que se inspira: Fernando Castellanos dice sobre el particular "Clasificación de los delitos... Continuado. En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución... Se dice que el delito continuado consiste en: 1º.- Unidad de resolución; 2º.- Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3º.- Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta. El concurso de delitos.- Pluralidad e acciones y unidad de resultado.-Una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el derecho. Las acciones son múltiples para una sola lesión jurídica. Se habla entonces del delito continuado. Recuérdese que es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Consiste en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico. En el delito continuado son varias las acciones emanadas de la misma resolución (diversos adulterios con una persona, robar determinados bienes mediante acciones

repetidas).- (Lineamentos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición. 1973). Por su parte, Carranca y Trujillo trata el tema como sigue en lo conducente: "Pluralidad de acciones y un solo resultado: el delito continuo. Cuando hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todas a integrar un solo resultado también el delito es uno solo y se denomina continuo... El hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal... Delito continuo es una repetición de actos criminosos constitutivos del delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso (Pessina, citado por Carranca)... Es subjetivamente uno solo porque la resolución es única, único el dolo y desde el primer instante se tiene la representación de todas las acciones sucesivas, único objetivamente porque no importa que la cosa que se quiera obtener se obtenga en una sola vez o en varias sucesivas (Alimena)… Para Mezger los elementos del delito continuo son: unidad del tipo básico y del bien jurídico lesionado, la homogeneidad en las formas de ejecución, una conexión temporal adecuada; y en los ataques contra bienes jurídicos eminentemente personales –vida, cuerpo, honor, libertad y honestidad- también identidad de la persona ofendida... La esencia del delito continuo la constituye una pluralidad de acciones perfectamente diferenciadas las unas de las otras en orden al tiempo y que sin embargo son valoradas jurídicamente como una unidad... en nuestro derecho no procede la acumulación de sanciones cuando los hechos constituyen un delito continuo"...(Derecho Penal Mexicano, Parte General. Tomo II. Sexta Edición. Antigua Librería Robrado. 1964). En términos similares se formulan los comentarios respectivos en el Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, de los señores Abogados Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez. Creemos que en las reflexiones doctrinarias que anteceden se encuentra la clave que nos da la solución adecuada en el caso a estudio, de acuerdo con el criterio que al efecto se expuso; y, repetimos, no es obstáculo para insistir en él, el afirmar que en el caso que nos ocupa los ofendidos fueron personas diferentes y que, por lo mismo, también seria diversa, no única, la lesión, pues si atendemos a los argumentos transcritos y la propia definición de nuestro Código respecto al delito advertimos que la identidad del pasivo solo se exige cuando las distintas acciones o conductas agreden a la vida, honor, libertad y honestidad, por lo que, a contrario sensu, no tratándose de la afectación a tales valores tutelados por el derecho y que son eminentemente personales, los sujetos pasivos pueden ser varios, por eso la doctrina se refiere a una sola lesión jurídica como ya lo hicimos notar, lo que implica que se viola "un solo y mismo precepto legal". (Adviértase en este proceso, la conducta del acusado; llamadas telefónicas anónimas, ostentación de ser activista, amenaza idéntica en cuanto a daños a familiares y

bienes, el mismo tipo de instrucciones para el depósito del dinero, señalamiento de lugares de cierta especificación para tal entrega (Parroquia o Catedral); motivación o finalidad: comprar un coche y ropa; causa u origen de la conducta: haberlo visto en una película (fojas 14 frente) todo lo cual nos convence, como antes se dijo, de la "unidad de intención, criterio de identidad objetiva y unidad de resolución" a que alude nuestro Código. Consecuentemente, -siendo infundado el agravio del Fiscal, y no habiéndose formulado por este consideración alguna sobre la peligrosidad del agente, lo que nos impide reflexionar sobre el tema y aumentar la sanción impuesta, y por lo mismo, hacer estimación alguna sobre la condena condicional concedida al inculpado, es de confirmarse la sentencia recurrida. En boletín del supremo tribunal de justicia del estado de Guanajuato. Octubre 1980. No. 6; pp. 14-18.

Conclusiones

La calidad del ensayo, el hecho de que fue pionero en México y que algunas de sus consideraciones consta en el actual 3er párrafo del artículo 10 del código penal de Guanajuato; validan la recensión del artículo sobre el delito continuado del profesor Cardona.

Cierto que con el paso del tiempo ha evolucionado la referida institución jurídica y las posturas jurisprudenciales como las teóricas que lo explican; pero sustancialmente sus elementos integrantes y muchas de las explicaciones dadas en antaño, siguen siendo válidas.

Por supuesto, el análisis de cualquier institución obliga a citar lo más reciente. Mas, como es el caso, para estudiar íntegramente los antecedentes legales del delito continuado en Guanajuato, la referencia del texto del profesor Cardona, es obligada.

Actualizando su concepto de delito continuado de forma que integre el elemento legal con el de la doctrina científica actual, queda:

La ficción jurídica por la que varias conductas acontecidas en el mundo real, jurídicamente se consideran una sola. Requiriendo que el activo dolosamente viole el mismo precepto legal, y en casos de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad, se necesita que la persona afectada sea la misma; mientras, para el resto de los delitos, puede ser la misma persona o diferentes.

Sus elementos son: unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas, trasgresión del mismo precepto legal e identidad de sujeto pasivo en casos de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad.

Dentro del primer ingrediente, la unidad de propósito delictivo, hay un subtema que a la fecha sigue siendo polémico y, de la postura que se asuma dependerá la lista de casos en que se considera acreditado el delito continuado.

Por un lado, si se interpreta que la figura requiere un dolo unitario que exige un plan criminal único preconcebido de todas y cada una de las conductas realizada versus la postura de dolo independiente que no requiere el referido plan.

Cardona adoptó el primer criterio lo que se traduce prácticamente en anular el delito continuado por la dificultad o llana imposibilidad de acreditar que desde un inicio el activo proyectó todas y cada una de las conductas posteriormente realizadas.

Quedan pendientes muchas interrogantes en el tintero tales como:

¿Si el delito continuado fue realizado para la benignidad del régimen punitivo, porqué en el tema de prescripción en los delitos que se persiguen de oficio, el tiempo empieza a computarse una vez que concluye la última conducta?[35] o,

¿Se debe conceder al activo de delito continuado los beneficios de ley, si la ley dispone que es para el activo que comente el primer delito? o,

¿Procede la justicia restaurativa en el delito continuado, si materialmente el activo es reincidente? o,

¿Puede acceder un imputado a la suspensión condicional del proceso considerando que materialmente no es primodelincuente?.

35 Mientras que en los delitos que se persiguen por querella de parte debe ser examinado separadamente. Cfr.- Jescheck, H. H. y Weigend, T.: Tratado de derecho… , p 773.

Para esas interrogantes y en general para histórica e íntegramente interpretar el tercer párrafo del artículo 10 del código penal de Guanajuato, consta la guía-precedente; el ensayo del profesor Enrique Cardona Arizmendi.

Bibliografía

Cardona Arizmendi, Enrique: El delito continuado. En revista del poder judicial, tomo I, año I correspondiente a los números 4 y 5 de junio y julio de 1964; pp. 39 a 77.

Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez Cuauhtémoc: Código penal comentado del estado de Guanajuato. Tercera edición. Orlando Cárdenas editor. Irapuato Guanajuato. 1978.

Del Rosal, Juan: Consumación y aplicación de la ley penal en el delito continuado. En anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 1, Número 2. Dialnet. Universidad de la Rioja, España. 1948.

Diario el espectador: Sentencia de Radovan Karadzic. En https://www.elespectador.com/opinion/opinion/condena-contra-karadzic-una-sentencia-historica-columna-626197 consultado el 2 de abril del 2018.

Diario el país: El secuestro de Heineken: elpais.com/diario/1984/10/18/internacional/466902024_850215.html consultado el 2 de abril del 2018.

Diario animal político: Caso Heaven. En https://www.animalpolitico.com/2015/09/mas-de-500-anos-de-prision-a-tres-responsables-por-caso-heaven/. Consultado el 22 de abril del 2018.

Gallizo, Mercedes: La cadena perpetua no construye seguridad. En letras libres 6 febrero 2018. En http://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/la-cadena-perpetua-no-construye-seguridad. Consultada el 22 de abril del 2018.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas: Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta edición. Comares. Granada España. 2002.

Madariaga, Francisco: Delito continuado. En enciclopedia jurídica omeba. Tomo VI. Defe-Dere. Driskill S.A. .Buenos Aires Argentina. 1991.

Mir Puig, Santiago: Derecho penal. Parte general. 10 edición. Editorial B de F. Buenos Aires Argentina. 2016.

Muñoz Conde, Francisco y Gracia Aran, Mercedes: Derecho penal. Parte general. 8ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Tirant lo Blanch. México. 2015.

Poder judicial español: http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp consultadas el 1 de abril del 2018. Sentencias del tribunal supremo de 28 de mayo de 1969;19 de junio de 1995, 7 de marzo de 1997, 18 de febrero de 2010 y 22 de marzo de 2010.

Poder judicial federal mexicano: Jurisprudencia: *Fraude cometido contra una pluralidad de pasivos.* Época: Décima Época. Registro: 2012754. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: XXIII.6 P (10a.). Página: 2933.

Tesis de jurisprudencia: *Delito continuado y acumulación real de delitos. La falta de comprobación de la unidad de propósito en la ejecución de los actos ilícitos en el primero, actualiza el segundo (legislación del estado de Sonora).*

Época: Novena época. Registro: 177031. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXII, Octubre de 2005. Materia(s): Penal. Tesis: V.2o.50 P. Página: 2335.

Jurisprudencia: Violación. Se actualiza el concurso real homogéneo de delitos cuando un mismo sujeto activo comete dos o más ilícitos iguales en contra del mismo pasivo, realizados en distinto tiempo (artículos 182 y 183 del código penal para el estado de Veracruz, antes de su reforma y reubicación, publicada el dos de abril de 2010). Época: Novena época. Registro: 161932. Instancia: Primera sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 24/2011. Página: 179.

Jurisprudencias: Abuso sexual. Se actualiza el concurso homogéneo de delitos cuando exista pluralidad de conductas ejecutadas por el mismo sujeto activo en contra del mismo pasivo, realizadas en distinto tiempo. Época: Novena época. Registro: 176058.Instancia: Primera sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 201/2005. Página: 33.

Tesis de jurisprudencia: *Intervención de comunicaciones privadas. Constituye un delito continuado, cuando existe unidad delictiva en la intención.* Época: Novena época. Registro: 183796. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XVIII, Julio de 2003. Materia(s): Penal. Tesis: I.4o.P.20 P. Página: 1146.

Tesis de jurisprudencia: *Individualización de la pena en los delitos continuados calificados. Momento en que debe aplicarse la regla de punición prevista en el artículo 83 del código penal para el estado de Baja California.* Época: décima. Registro: 2006572. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del semanario judicial de la federación. Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III. Materia(s): Penal. Tesis: (V Región)5o.13 P (10a.). Página: 2035.

Poder judicial de Guanajuato: Criterio: *Delito continuado, previsto en el artículo 10, tercer párrafo, del código penal del estado de Guanajuato. Se actualiza sólo en los casos de delitos cometidos dolosamente y no de aquellos de realización culposa.* Criterio sustentado por la Cuarta Sala Penal unitaria del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, en la resolución pronunciada el 19 de junio de 2015 en el toca número 109/2015, formado con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto dictado el 8 de mayo de igual año por el Juzgado de Partido en materia Penal de la ciudad de San Miguel de Allende en el proceso penal 16/2015. Boletín jurídico. Núm. 6. Año 2015. Pág. 12.

Distinción entre concurso real y delito continuado. Quinta Sala Penal.- Toca número 153/979.-Magistrado: Ángel *Martínez Inda.* En boletín del supremo tribunal de justicia del estado de Guanajuato. Octubre 1980. No. 6; pp. 14-18.

Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y concurso de delitos. Grupo Editorial Ibáñez – Universidad de los andes. Bogotá.-2012.

Roxin, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tomo II. Traducción y notas de Diego –Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañon, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Thompson Reuters. Navarra España. 2014.

Schunemann, Bernd: Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva.. En política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Editor Jesús-María Silva Sánchez. Editorial Bosch. Barcelona. 1997. En https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/19/sobre-la-critica-a-la-teoria-de-la-prevencion-general-positiva-b-schunemann/ consultado el 20 de abril del 2018.

Vidaurri Arechiga, Manuel: Estudios jurídicos en homenaje al licenciado Enrique Cardona Arizmendi. Universidad de Guanajuato. Guanajuato, México. 2012.

Algunas reflexiones en torno a los casos de "la manada y los porkis"

Mtro. Jorge Eduardo Ortiz García

Cuando se escucha el término manada, lo primero que viene a la mente es un grupo de animales irracionales que viven en conjunto por instinto a sobrevivir; cuando se conoce a "la manada" y lo que realizaron en España, sin duda podemos encontrar el porqué del nombre: actuaron de forma irracional y como instinto animal, la diferencia es que se trataban de personas y afectaron a una persona al grado que el daño jamás podrá hacerse de la misma forma.

El hecho se desarrolla a temprana hora del 7 de julio de 2016, donde cinco personas José Ángel Prenda, Jesús Escudero, Alfonso Jesús Cabezuelo, Antonio Manuel Guerrero y Ángel Boza -originarias de Sevilla- acudieron a Pamplona en España, durante las celebraciones, los ahora sentenciados vieron a una joven de 18 años originaria de Madrid, en la que de forma aprovechada la penetraron de forma anal y vaginal, así como bucalmente, estos actos fueron grabados por estos de forma reducida, y compartidos a través de un grupo entre ellos denominado "la manada".

En resumen, la situación se dio de la forma antes narrada, lo que originó el inicio del proceso penal, la divergencia o el descontento que provocó a la sociedad fue por las modificaciones que incluían el cambio de la medida cautelar, la reducción de la pena solicitada por la fiscalía.

El caso es importante por varios aspectos jurídicos y no jurídicos. El primero de ellos es la relevancia y la base con la cual se muestra una "negación" por la víctima y la falta de consentimiento en los delitos sexuales, en primera parte pareciese que no es complicado entender estos casos donde la víctima no está de acuerdo en realizar actos consensados; en segundo término, y por la fuerza mediática en que se tornó el asunto fortalece la consciencia de las partes y de la sociedad sobre la violencia sexual que se vive.

El tercer aspecto, que es significativo rescatar es el efecto dominó que tornan estos casos que incluso podríamos denominar *leading case*, en virtud de que se envalentaron muchas víctimas más, que habían sufrido casos similares e incluso se identificaban para poder denunciar y no solo ante las autoridades, sino aceptarlo a través de un entendimiento para la sociedad y no sentir pena por estas situaciones, culpar al responsable sin considerar sus sentimientos.

El ejemplo de Ruth Toledano[1], quién es periodista española y quién no sólo había sufrido violencia sexual por una persona que conoció en un bar, sino el efecto victimal que tienden a verse afectadas las personas que han sido agredidas sexualmente y, que a partir de la fuerza que tomó este caso se sintió bien en denunciar.

1 Como se desprende de las diversas publicaciones que hicieron los medios de comunicación en el que señalan que la periodista había denunciado violencia sexual en su perjuicio.

El análisis jurídico y sobre todo procesal que tuvo este caso resalta demasiado por muchas situaciones: para comenzar, se debe analizar entre los delitos establecidos en el código penal español, donde se establecen dos delitos por los cuales se inició la investigación en contra de los cinco jóvenes de Pamplona, que lo son agresión sexual y abuso sexual, este último que se encuentra en el artículo 181.2 de la siguiente manera:

"(...) Se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido (...)".[2]

Esto es, primero debe de faltar un consentimiento, situación donde muchos medios e incluso especialistas versaban la discusión para determinar si se trataba de este delito, se escuchaban y leían de muchas formas las justificaciones contrarias entre sí de por qué en el video la víctima no se oponía, o si lo que pasaba es que se encontraba en un momento de shock, o que si esto mostraba que sí había consentimiento.

De alguna forma en un apartado más delante de ese mismo artículo se observa una condición en la cual, independientemente de lo que se observa en el video servía para fortalecer la falta de consentimiento o la obtención de este a través de una fuerza que es la siguiente:

"(...) El consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (...)".[3]

2 Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

3 Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

Con lo que se reduce la oportunidad de los opositores a una condena de sostener un consentimiento a través de lo que ligeramente se puede observar en el video y bajo una óptica personal, señalo de forma ligera o liviana por una específica situación, no se puede juzgar a una persona que en plena oscuridad y sometida por un grupo de sujetos cuya fuerza no sólo física sino en número era mayor a la de ésta, reaccione y mucho menos a través de una grabación, esto es, los sentimientos, sensaciones, problemas e incluso traumas que se originan primero de una agresión de esta forma, no puede únicamente limitarse a un video que no dura más de dos minutos.

El golpe más duro que resintió la víctima en el proceso fue la absolución en abril del 2018 por la Audiencia Provincial de Navarra en la que determina en su parte medular que al no demostrar los indicios de violencia no se da el abuso sexual y estableciendo una cantidad de cincuenta mil euros por concepto de indemnización, con lo que desencadenó incluso en una libertad bajo fianza para los procesados. Con esto el descontento no solo de grupos feministas, sino de la sociedad en general fue tan fuerte que resonó hasta el Parlamento Europeo.

Para junio del año siguiente, esto es, el 21 de junio del 2019, se emitió una resolución por el Tribunal Supremo, en el que se revocaba la sentencia al considerar que sí se acreditaba la agresión sexual con trato agresivo y actuación en grupo, elevando la sentencia a quince años de prisión y con la orden de la detención inmediata por los miembros de la policía. Una determinación que tomó el enfoque que se ocupaba a lo largo del proceso “perspectiva de género” y que mostraba una posición más concreta al consentimiento.

"Recordad, contadlo, no les dejéis ganar a ellos", frase que suscribe una carta de agradecimiento tras la sentencia en que se condena a "la manada", y de lo que se desprende una pregunta que retumba ¿sería el mismo desenlace si no hubiese habido tanta fuerza social que aclamaba justicia?, independientemente de la respuesta y por los efectos positivos que se han señalado a lo largo del texto.

México no se queda atrás en estos casos, el caso más emblemático, al menos mediáticamente es el denominado "los porkys", cuando en 2015 en el Estado de Veracruz, se presentó una denuncia por una menor de edad de nombre cuyas iniciales son D. F., en el que señalaba a cinco personas que la habían agredido sexualmente en enero del mismo año y, que al igual que la manada, fueron bautizados en Internet como "los porkys de costa de oro".

Enrique Capitaine fue el primero en caer, cabecilla del grupo e hijo del exalcalde de Nautla (Veracruz), en el que se muestra que son personas pudientes, o al menos sus padres representan personas económicamente acomodadas. Una situación llamativa en este caso fue la detención de Diego Gabriel Cruz Alonso, a quién detuvieron en España, cuando estaba siendo investigado y mostraba la facilidad en la cual el dinero puede proteger a los agresores, o al menos así lo mostraban los medios.

La protección económica y política aun mostró más el descontento de la sociedad en la generalidad de la población mexicana, pero sobre todo de la impunidad con la que se vive, donde importa más la posición que se tiene que lo que se realizó, un derecho penal más que de acto o de persona, de nivel económico, donde los sujetos que entre mejor económicamente se encuentren, menos propensos a ser procesados penalmente.

En lo jurídico se ha adelantado distintos aristas que se observaron a lo largo del proceso, desde la carencia de detención por los implicados, hasta resoluciones donde se absolvía a los sujetos e incluso un proceso de extradición por parte de España, donde casualmente uno de ellos se encontraba con el fin de evadir la acción.

En sí, un aspecto importante a resaltar fue el auto de formal prisión con fecha 23 de enero del 2017, en el cual se determinaba el delito de pederastía en contra de Diego Cruz, con base en el artículo 182 del Código Penal de Veracruz[4] (el número 181 del Código Penal español, otra gran semejante), en el que se establecen los actos libidos como "los diversos tocamientos" que produjeron sostener la resolución en su contra, en relación incluso con la prueba específica en psicología "presenta alteración emocional a consecuencia de los hechos que refiere, afectaciones corporales y emocionales acordes a la dinámica del evento descrito por la víctima", reforzando el dicho de la misma y con esto, por obviedad, el sustento jurídico para sostener el auto. Posteriormente viene un declive jurídico, cuando un juzgador de distrito determina que no se encuentra sostenida dicha resolución e incluso no se puede demostrar fehacientemente la resolución como lo hizo el juzgador primigenio, siendo el sustento siguiente:

> "Para que exista abuso sexual en el ilícito en estudio, es menester no sólo que se pruebe el acto libidinoso (tocamiento, roce, frotamiento o caricia), sino que dicha conducta haya sido desplegada con una intención lasciva del sujeto activo en el sujeto pasivo; es decir, el abuso sexual, consiste no sólo en la conducta en forma objetiva, sino que es menester que el elemento subjetivo,

4 Código penal de Veracruz vigente.

esto es, que dicho despliegue de acción haya sido con el ánimo al deleite carnal u obtener una satisfacción sexual o un apetito inmoderado de sensaciones placenteras ".

Mostrando entonces a través de una resolución superior que no se acreditaba una intención de satisfacer la necesidad sexual, de nueva cuenta, bajo ninguna óptica de perspectiva de género se determina que los actos no fueron intencionales y necesarios para sostener el delito de abuso sexual.

"i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género."

Con esto se muestra que la Suprema Corte ya había anunciado que el Estado mexicano tenía obligación de resolver con perspectiva de género, y más que un enfoque así, debía analizar una situación más apremiante, que se trataba de una menor, con lo que se mostraba una doble obligación del juzgador que primeramente se había dejado ver en el auto de formal prisión y que se había eliminado por parte del juzgador de distrito en ese caso.

De esta forma, debemos concluir que el principal eje cuenta ciertas características en común que muestran que independientemente del lugar, del tipo de personas o incluso de las características particulares de las víctimas, la violencia sexual que sufren y los efectos en estas tienden a resaltar en actos particulares de los agresores.

Lo que considero más importante como enseñanza de ambos casos es la necesidad de vislumbrar y aplicar una perspectiva de género por parte de los juzgadores, no sólo leer los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación e incluso por los diversos tratados internacionales, sino materialmente, aterrizar esas disposiciones a efecto de que se produzcan y satisfagan resoluciones en las que no aparenten derechos exclusivamente, sino que de forma real y tangible se apliquen.

Cambiar el pensamiento de los juzgadores, como Ikram Antaki magistralmente refiere: "(...) una mayoría puede ejercer una presión intelectual y social sobre una minoría; pero puede ocurrir lo contrario si una opinión se manifiesta con fuerza a pesar de ser minoritaria. El desprecio, el ninguno, la burla son las armas de esta presión. Se obliga al inconformista a dejar el círculo... la víctima pierde parte de su dignidad y el reconocimiento de los demás. La autoridad social es tan fuerte que puede actuar

en contra de las leyes, volviéndose más fuertes que ellas (...)"[5], primero entendiendo que hay personas a quiénes debemos proteger para salvaguardar la igualdad y hay aspectos sensibles que son necesarios se tomen en cuenta no sólo en el ejercicio de juzgar o de valorar pruebas, sino de entender la situación y los casos concretos, donde más que un especialista en derecho, necesitamos ser más humanos y resolver de esa misma forma.

5 Antaki, I.: El manual del ciudadano contemporáneo, México, 4ª reimpresión, Editorial Planeta, 2004, t. I., pág. 229.

Bibliografía

Antaki, I.: El manual del ciudadano contemporáneo, México, 4ª reimpresión, Editorial Planeta, 2004, t. I., pág. 229.

Código penal de Veracruz vigente

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

Del arduo camino en México de los derechos humanos

Abogado José Carlos Guerra Aguilera[1]

"El camino de las libertades
es cuesta arriba y sin freno,
si dejamos de empujar permanentemente hacia
arriba, la única
dirección es hacia atrás,
en contra de ellas mismas."[2]

"Sin independencia moral
e intelectual, no
hay ancla por la independencia nacional." [3]

1 Al Dr. Jorge Carpizo; a mis admirados amigos y maestros Dr. Héctor Fix Zamudio y Dr. Sergio García Ramírez, por sus invaluables e imperecederas aportaciones a los Derechos Humanos del mundo. A mi admirado Dr. Germán Eduardo Baltazar Robles, por sus aportaciones enormes al Derecho Mexicano. Al Dr. Ariel Alberto Rojas Caballero, por muchas razones jurídicas.

2 Web bibliográfica: https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/una-amenaza-y-otra-defensa-a-los-derechoshumanos/. Consultado el 22 de mayo de 2021. Vladimir Chorny: Una amenaza y otra defensa a los derechos humanos. 10 de enero de 2013. Animal político.

3 Web bibliográfica: https://www.milenio.com/opinion/vicente-esqueda-mendez/linea-independiente/nuevos-integrantes-dela-autoridad-electoral Frase atribuida a David Ben-Gurión y citada por Esqueda Méndez, Vicente.

Introducción

Los derechos humanos, en una humanidad[4] que, hasta hace relativamente poco, los ha hecho importantes; en una sociedad evolutiva en nuestro país, que ahora contemporáneamente consolida a los derechos del hombre como un propósito primigenio, en el largo camino de gran batalla en contra las inmunidades del poder.[5]

Este trabajo transita de la génesis de los derechos humanos, en el país. Del surgimiento de las Procuradurías de Derechos Humanos. De la gran reforma constitucional del 10 de junio de 2011. De los grandes temas del artículo primero. De la Difusión de los Derechos Humanos por los Poderes Judiciales. De la necesidad de una mayor educación. A manera de conclusión.

De la génesis de los derechos humanos, en el país

Creo que no nos dimos cuenta de que, en julio de 1994, hace 27 años, el congreso del estado de Jalisco aprobó una reforma a su Constitución Política, en el capítulo denominado DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES FUNDAMENTALES, y que ahora se denomina DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTIAS, una –primigenia a nivel nacional- reforma al artículo 4, en el segundo párrafo, donde se indicó:

4 Algunas ideas siguientes fueron expuestas en una PONENCIA EN EL IX CONGRESO NACIONAL DE AMPARO, en MERIDA, YUCATAN, denominada LOS DERECHOS HUMANOS, LA (NUEVA) LEY DE AMPARO Y LA INTERNET, en noviembre de 2011.

5 Tomo la expresión parafraseando el título del libro del gran jurista español Eduardo García Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, España, 2016.

"Se reconocen como derechos humanos de las personas que se encuentren en el territorio del Estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[6] *y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno Federal haya firmado o los que celebre o de que forme parte; atendiendo al principio del mínimo vital consistente en el eje de planeación democrático por el cual el Estado deberá de crear las condiciones para que toda persona pueda llevar a cabo su proyecto de vida."*

El texto vigente es ahora:

Artículo 4º.- *Toda persona, por el sólo hecho de encontrarse en el territorio del Estado de Jalisco, gozará de los derechos que establece esta Constitución, siendo obligación fundamental de las autoridades salvaguardar su cumplimiento. Asimismo, el Estado de Jalisco reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural.*

Se reconocen como derechos humanos de las personas que se encuentren en el territorio del Estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración

6 La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Senado Mexicano el 18 de diciembre de 1980, lo que implica su vigencia desde hace cerca de 52 años.

Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno Federal haya firmado o los que celebre o de que forme parte; atendiendo al principio del mínimo vital consistente en el eje de planeación democrático por el cual el Estado deberá de crear las condiciones para que toda persona pueda llevar a cabo su proyecto de vida.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (...)

Esta Constitución reconoce el derecho humano a la participación ciudadana. (...)"

La verdad es que poco se conocen esa y otras novedades legislativas que destacan, que ejemplarizan algunos congresos estatales. Años después una nueva sorpresa. El 26 de mayo de 2008, hace ya 13 anualidades, el congreso del estado de Sinaloa, en el decreto número 94, de fecha 1 de abril de 2008 y publicado en el Periódico Oficial número 63, de fecha 26 de mayo de 2008, se adelantó vertiginosamente a todas las Constituciones estatales y a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y estableció:

"TÍTULO I Bis
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Art. 4º Bis. En el Estado de Sinaloa toda persona es titular de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la presente Constitución, así como de los previstos en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad hacia la familia, los más desfavorecidos y la sociedad.

Los derechos humanos tienen eficacia directa y vinculan a todos los poderes públicos. Serán regulados por ley orgánica, la cual respetará en todo tiempo su contenido esencial y su progresividad.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (...)

Art. 4º Bis C. *Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios:*

I. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[7]

III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad.

IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente.

V. Se deroga.

***VI. El interés superior del niño** deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*

7 Se insiste en resaltar, por su importancia interpretativa: En el estado de Sinaloa establece la preferencia a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, y especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución."

En la revista especializada de Derecho Constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cuestiones Constitucionales Jorge Ulises Carmona Tinoco y Edgar Corzo Sosa, refirieron: *"El 26 de mayo de 2008, apareció publicada en el Periódico Oficial del Estado de Sinaloa una reforma constitucional en materia de derechos humanos (garantías individuales según la denominación tradicional). Se trata de la reforma más avanzada y audaz que haya existido en nuestro país, incluído el ámbito federal, por las siguientes razones. (...)*

Por principio de cuentas, constituye un avance firme en esta materia, en donde se han realizado diversos intentos por ampliar nuestro tradicional elenco de derechos humanos. Así, por ejemplo, han sido pocos los derechos humanos reconocidos o ampliados en nuestra Constitución federal después de su elaboración en 1917. (...)."[8]

Y en el estado de Yucatán, el 6 de diciembre de 2010, hace 11 años, el primer artículo de la Constitución Política indicaba:

"Todos los habitantes del Estado de Yucatán, gozarán de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las derivadas de los Acuerdos o Tratados Internacionales, en los que el Estado Mexicano sea parte, y las establecidas en esta Constitución.

8 Vid. in extenso Jorge Ulises Carmona Tinoco y Edgar Corzo Sosa: Entidades Federativas y Derechos Humanos. En revista Cuestiones Constitucionales No. 19, UNAM, México. Julio Diciembre 2008.

El Estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal del Estado de Yucatán.

Las niñas, niños y adolescentes son sujetos de pleno derecho. Todas las instituciones públicas del Estado garantizarán la vigencia y aplicación de las prerrogativas que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, esta Constitución y demás normatividad en la materia, otorgan a las niñas, niños y adolescentes.

La Ley establecerá que en la salvaguarda de los derechos de la infancia se respeten los principios de género e intergeneracionalidad y las características étnicas propias de la sociedad yucateca.

El Estado a través de un organismo especializado, con la participación de la sociedad civil, establecerá mecanismos para vigilar la atención de las necesidades de niños, niñas y adolescentes y en conjunto producirán información periódica sobre el cumplimiento progresivo de los derechos de la infancia en el Estado, dando a conocer los rubros que presentan rezago."

Ahora indica:

"Articulo 1.- Todas las personas en el Estado de Yucatán gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales de los que el Estado

Mexicano sea parte y en esta Constitución, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Federal establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución Federal, los Tratados Internacionales de la materia y esta Constitución, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El Estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal del Estado de Yucatán.

Las niñas, niños y adolescentes son sujetos de pleno derecho. Todas las instituciones públicas del Estado garantizarán la vigencia y aplicación de las prerrogativas que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención sobre los Derechos del Niño[9], esta Constitución y demás normatividad en la materia, otorgan a las niñas, niños y adolescentes.

9 Se incluye en forma insólita, como vinculante a la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (CDN, en inglés CRC) publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de enero de 1991. Esa ley fue tímidamente referida y argumentada por el Poder Judicial de la Federación y algunos operadores jurídicos del país, hasta que tuvo su asunción del inmenso artículo 1 de la Carta Magna y por ende de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución.

La Ley establecerá que en la salvaguarda de los derechos de la infancia se respeten los principios de género e intergeneracionalidad y las características étnicas propias de la sociedad yucateca.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

El Estado a través de un organismo especializado, con la participación de la sociedad civil, establecerá mecanismos para vigilar la atención de las necesidades de niños, niñas y adolescentes y en conjunto producirán información periódica sobre el cumplimiento progresivo de los derechos de la infancia en el Estado, dando a conocer los rubros que presentan rezago."

Y, por último, de lo que conozco el congreso del estado de Chiapas, el 27 de junio de 2011[10], hace casi diez años, legisló en su Carta Política, que toda persona en el Estado de Chiapas gozará de los Derechos Humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamados y reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas; estableciendo:

Artículo 3.- Toda persona en el Estado de Chiapas gozará de las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como de los Derechos Humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamados y reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas, que son los siguientes:

10 Vid. Poder ejecutivo del Estado de Chiapas: Periódico Oficial del Estado, número 309, de 27 de junio de 2011.

I. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
II. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (...)"

Ahora se indica:

"De los Derechos Humanos en Chiapas
Capítulo I
De los Derechos Humanos

Artículo 3. El Estado de Chiapas tiene la obligación de promover y respetar todos los Derechos Humanos contenidos en esta Constitución, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales; así como de garantizar su ejercicio libre y pleno para asegurar la protección más amplia de toda persona.

Artículo 4. El Estado está obligado, a incluir dentro de los planes de educación básica y media superior, la enseñanza teórica y práctica de los Derechos Humanos contenidos en esta Constitución y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Cuando una persona que pertenezca a un pueblo indígena y no hable suficientemente el idioma español, tendrá derecho a que se le asigne un defensor social que hable su misma lengua y conozca su cultura, para que lo patrocine legalmente.

El Poder Ejecutivo del Estado y los Ayuntamientos, en caso de una resolución vinculatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de instrumentos internacionales vinculantes, de las recomendaciones aceptadas por sus autoridades, o de aquéllas derivadas de procedimientos de amigable composición, que impliquen una reparación del daño, deberán contemplar en la integración de sus presupuestos respectivos, un fondo destinado para el cumplimiento de la reparación del daño de las víctimas de violación de los derechos humanos. En caso de que los recursos no sean utilizados en el ejercicio correspondiente, serán acumulables para el ejercicio inmediato siguiente.

El Estado reconoce, protege y tutela, el derecho a la vida que todo ser humano tiene desde el momento de la concepción, entra bajo la protección de la Ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la legislación penal.

Las autoridades estatales y municipales, en los términos y condiciones que establezcan la Constitución General de la República, la particular del Estado, las leyes que de ellas emanan, los Tratados y Convenios Internacionales ratificados y vigentes en México, garantizarán:

I. El derecho a la identidad a toda persona nacida en Chiapas, para que cuenten con nombre y nacionalidad mexicana. La inscripción ante el registro civil de los menores de un año será gratuita. A nadie se le exigirá comprobar la legal estancia en el país para la inscripción ante el registro civil de sus hijos nacidos en territorio estatal.

II. Que todas las personas mayores de 64 años que residan en el Estado, reciban una aportación económica mayor a lo que determina el objetivo número uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

III. El respeto y protección de los derechos humanos de los migrantes, entre ellos el derecho a la salud, derechos laborales, derecho a la seguridad pública y a la procuración de justicia. En el Estado de Chiapas, tratándose de delitos del fuero común, queda prohibida la figura del arraigo dentro de los procedimientos inherentes a la averiguación previa o etapa de investigación. (...)"

El congreso del Estado de Guanajuato el 17 de mayo de 2013, modificó la Constitución Estatal en su artículo 1, para homologar su texto al artículo 1 de la Carta Magna.

Del surgimiento de las procuradurías de derechos humanos

El surgimiento en nuestro país de las instituciones protectoras o procuradoras de los derechos humanos, se ha escrito, emerge con la asunción de la Ley de Procuraduría de Pobres del insigne potosino, Don Ponciano Arriaga, conocida desde el martes 5 de septiembre de 1848; la que se ha considerado por un sector de la doctrina, como el primer antecedente del ombudsman sueco. Otro sector indica que las ideas sustentadoras de esa Procuraduría, fueron en razón de la distancia y de las faltas

de comunicación de entonces, verificadas en forma autónoma, sin que le sirviera de modelo la figura sueca, la que difícilmente podría haberse conocido. Siempre me llamó la atención cuando me asomé a conocer algo de esa procuraduría, y encontré que el artículo 7 establecía que el procurador tenía a su disposición la imprenta del Estado, con el objeto de poner en conocimiento del público, "(...) siempre que entendieren (sic) que no se les ha hecho justicia (...)" la conducta de las autoridades ante quienes se quejaron.[11] De hecho, las procuradurías de defensa de los derechos humanos y la comisión de derechos humanos, exhiben a los que violan esos derechos, aun cuando no se conozca dilatadamente ese hecho, por el público.[12]

El estado de Nuevo León, fue una de las primeras entidades en manifestar un interés por la vigencia y defensa de los derechos humanos en el país. A finales de la gestión del Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez (1973-1979), se implantó la primera Ley

11 Cfr. Juárez Pérez, José de Jesús, "Fuentes de inspiración de la Procuraduría de Pobres y detalles biográficos del autor", En Cuadernos del Archivo. No. 7. Archivo Histórico del Estado de San Luis Potosí y Facultad de Derecho de la UASLP, San Luis Potosí, 2003, página 52, y Márquez, Enrique (comp.): Ponciano Arriaga. Las Procuradurías de Pobres. en San Luis Potosí, trozos de su historia.1986. Así como en la colección de libros: Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones, sección Segunda, el ensayo Establecimiento de las Procuradurías de Pobres Intervención del legislador Ponciano Arriaga en el Congreso de San Luis Potosí. México, 2016. Página 176 y siguientes. Consultable también en http:// biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/lxiii/DerPM/VOL2.pdf

12 Por todo eso extraña sobremanera que la ilegal encargada de la Comisión, (que no es Procuraduría) de Derechos Humanos pretenda que se modifique la Constitución Federal para llamar a la CNDH "Procuraduría de los Pobres" a semejanza de la creada por Ponciano Arriaga , la que supuestamente "(…) buscará defender a las clases sociales más vulnerables ante los abusos, excesos, agravios, vejaciones y maltratos cometidos por alguna autoridad, además de contar con facultades para denunciar y solicitar la reparación del daño (…)" Vid Web bibliográfica: https://www.proceso.com.mx/nacional/2020/6/7/rosario-piedra-busca-que-las-recomendaciones-de-la-cndh-sean-vinculantes-244152.html

para la defensa de los derechos humanos en el Estado de Nuevo León, publicada en enero de 1979. En virtud de ella, se creó la dirección para la defensa de los derechos humanos, primera dependencia administrativa para este fin.[13] La Procuraduría federal del consumidor fue el primer antecedente del ombudsman, habida cuenta de que, en Suecia, entre otros muchos, existe el ombudsman del comercio. Nace el 5 de febrero de 1976; siendo nuestro país la segunda nación de América Latina en tener una ley de ese tipo. Posterior a esas figuras aparece el 21 de noviembre de 1983, en el municipio de Colima, el procurador de derechos de los vecinos, cuando el presidente municipal era Carlos Vázquez Ordenberg, acaso por su segundo apellido, vinculado de alguna manera al país de la figura nórdica. De esa procuraduría poco se supo. También nacieron la procuraduría de las defensa del indígena en Oaxaca en 1986 y la procuraduría social de la montaña en Guerrero en 1987[14]. Antes de que naciera en 1990, la comisión nacional de derechos humanos, emerge en 1985 la procuraduría de los derechos universitarios en la Universidad Nacional Autónoma de México, misma que subsiste. Aparece en 1988, en el Estado de Aguascalientes, la procuraduría de protección ciudadana, con mucha ejemplaridad en el país. La comisión nacional de los derechos humanos nace el 6 de junio de 1990, y muchas otras más en todo el territorio nacional. En Guanajuato, el 16 de octubre de 1992, se creó formalmente la procuraduría de los derechos humanos para el Estado de Guanajuato que inicio sus labores el 3 de mayo de 1993.

13 Web bibliográfica: http://www.observatorio.iinso.uanl.mx/index.php/diagnostico/diagnostico-04/diagnostico-0404 consultada el 21 de abril de 2022

14 Web bibliográfica: http://guerrero.gob.mx/articulos/historial-ley-que-crea-la-procuraduria-social-de-la-montana/ consultada el 21 de abril de 2022

Hasta donde conozco, las procuradurías de derechos humanos de otros países emiten recomendaciones no vinculatorias[15], es decir no son obligatorias. Se sostienen por la fuerza moral del defensor o del procurador, y sobre todo, por la confianza que despierta su desempeño.[16] No son tribunales de justicia.

De la gran reforma constitucional del 10 de junio de 2011

El 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, fueron publicadas las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, trasformando sustancialmente el contenido y alcance de ellos, para garantizar una mayor esfera tutora de protección a todos los gobernados, contra los actos y omisiones de las autoridades del estado mexicano. Sin embargo, esa gran reforma está lamentablemente inconclusa, ya que los artículos transitorios de esa reforma constitucional contienen obligaciones no cumplidas, olvidadas, de expedir determinadas leyes reglamentarias y/o generales.

15 Se indicó por la prensa que la actual titular de la CNDH, adujo que su lucha es lograr que las recomendaciones tengan carácter vinculante, que las autoridades las acaten; ¡que reparen el daño por sus actos! y desea tener mayor incidencia en las políticas públicas. Si se muda o cambia el nombre, implicaría una discriminación: ¿dónde quedarían las Procuradurías de los que no son pobres? ¿Acaso se crearía después una Procuraduría de los de clase media y de los ricos, que también tienen derechos humanos? ¿Cómo puede una Procuraduría cuyo nombre es limitado: ¿procurar, ordenar, vincular, sancionar, con sus decisiones? Las decisiones serian cuasi sentencias y ello implicaría un cuarto poder. Gravísimo.

16 En este sentido se expresa José Ovalle Favela, en el libro Las Voces del Consejo, Reflexiones y Remembranzas de los Consejeros de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Porrúa, 2001, página 93.

En efecto, en este año, también se cumplen nueve años de omisión legislativa de todos los congresos federales posteriores al año de 2011 ya que, de los artículos transitorios[17], se desprende a cargo del Congreso de la Unión –y de las legislaturas de los Estados, en el caso de las leyes generales, en el ámbito de sus competencias- la obligatoriedad de expedir, dentro del plazo de un año –mismo que expiró el 10 de junio de 2012- las siguientes leyes:

La ley general sobre reparaciones por violación de derechos humanos, la ley sobre Asilo, la ley reglamentaria sobre suspensión y/o restricción de derechos humanos y/o garantías y la ley sobre expulsión de extranjeros. A la fecha ninguna de esas leyes se ha creado. Tenemos lamentablemente y no es el único caso, inmóviles legisladores, que además son desobedientes de la propia carta magna.

17 "TRANSITORIOS

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente. (…)"

El gigantesco[18] artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

"Título Primero
Capítulo I
De los Derechos Humanos y sus Garantías[19]

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

18 Siempre me llamó la atención el título y el contenido del libro "La inmensidad del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos", de Pacheco Pulido, Guillermo, Editorial Porrúa, 2013.

19 Denominación del Capítulo reformada según el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

DE LOS GRANDES TEMAS DEL ARTICULO PRIMERO

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de ***los derechos humanos reconocidos en esta Constitución***[20] *y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece."*

Primer gran tema: ¿quiénes son: "(...) todas las personas (...)"?

20 Para los efectos de este ensayo es muy importante destacar la frase subrayada en negrita: "(…) los derechos humanos reconocidos en esta Constitución."

¿Cuál es el significado de la palabra "persona"? En el vocabulario jurídico,[21] de Capitat, se establece que es un ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derecho; en el diccionario de filosofía,[22] se indica que es el hombre en sus relaciones en el mundo y consigo mismo; y en el diccionario jurídico mexicano,[23] se refiere que el concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Sin ahondar en un tema que es exageradamente grande, habría que considerar que toda vez que el estado mexicano está vinculado con la *Convención americana sobre derechos humano*s, también acreditada como *"Pacto de San José de Costa Rica"*, y en ella el artículo 1.2 establece con meridiana claridad lo siguiente:

"Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, ***persona es todo ser humano."***

21 Cfr. Capitant, Henri: Vocabulario Jurídico. Depalma. Buenos Aires. 1981. página 426.

22 Cfr. Abbagnano, Nicola: Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. 5a reimpresión. México. 1987. p. 909.

23 Web bibliografía: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/923/6.pdf consultado el día 21 de abril de 2022.

De esta manera, para los efectos correspondientes a la interpretación de persona en el primer artículo, es todo ser humano solamente.[24]

Una interpretación literal, legal y certera, indica una importante y fuerte corriente de opinión, que sostuvo primigeniamente a nivel nacional, Germán Eduardo Baltazar Robles, en el sentido de que al concluir las garantías individuales y tener su asunción los derechos humanos, las personas jurídicas colectivas; es decir, las empresas, el estado, los municipios, no tienen derechos humanos, y como consecuencia habría que afirmar que, entonces no están legitimados para pedir la restitución de esos derechos, porque carecen de ellos.

En este mismo sentido se pronunció el Magistrado Carlos Hidalgo Riestra, al indicar que los derechos humanos *"(...) pertenecerán al hombre, como individuo de la especie humana (...)"*; Aduciendo, además que, no es en derecho, lo mismo persona que hombre; que *"(...) hombre es todo ser humano (...)"* Así como que se debe considerar como inexistente a una persona moral, *"por tratarse de un ser imaginario creado por la ley para fines jurídicos"* que sólo tiene una existencia jurídica, no biológica.[25] Lo que es inobjetable.

24 De la corriente interpretativa anterior, considero paralelamente el razonamiento jurídico de Germán Eduardo Baltazar Robles, en su bellísimo libro Derechos humanos, Derechos Fundamentales, Juicio de Amparo y Reparación Integral, editorial COEDI, de donde tomo y me adhiero a la idea principal conforme a la definición legal de la Convención, persona es el ser humano.

25 Vid. Hidalgo Riestra, Carlos: "Los Derechos Humanos de las personas Morales". Comisión Estatal de Derechos Humanos. Guadalajara, Jalisco. 1994 11, 12, 17 y 21

No fueron los únicos. Juan Antonio Cruz Parcero, verificó un ensayo impecable[26] en donde establece que las personas morales carecen de derechos humanos. Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación, verificó una labor interpretativa, al principio vacilante, al no reconocer derechos humanos a las personas morales siendo dicha interpretación incluso integradora. Al final, en 2015, apareció la contradicción de tesis del Pleno de la Corte, que impera:

Décima Época
Registro digital: 2008584
Pleno
Jurisprudencia
Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 16, marzo de 2015, Tomo I
Materia(s): Constitucional
Tesis: P./J. 1/2015 (10a.)
Página: 117

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las

26 Vid. in extenso: Cruz Parcero, Juan Antonio: "¿Son las empresas titulares de derechos humanos?" en el libro Personas jurídicas y Derechos Humanos. Un debate sobre la titularidad de los Derechos Humanos. SCJN y la oficina del Alto comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2014, México.

garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines. En consecuencia, el principio de interpretación más favorable a la persona, que como imperativo establece el párrafo segundo del citado precepto, es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que gocen las personas morales, por lo que deberán interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, a condición de que no se trate de aquellos derechos cuyo contenido material sólo pueda ser disfrutado por las personas físicas, lo que habrá de determinarse en cada caso concreto.

Contradicción de tesis 360/2013. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Administrativa del Séptimo Circuito y Segundo en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 21 de abril de 2014. Unanimidad de once votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco.

Es notable que, si bien es cierto que no se precisó en el texto constitucional la "clase" de persona, y que hay el célebre principio de derecho de que, si no se distingue no cabe distinguir, también es importante que se haya referido la sentencia del 7 de septiembre de 2007, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Jose María Cantos vs. Argentina[27], en donde se indicó:

"22. El Estado alegó, como primera excepción preliminar, (...) que la Convención Americana no es aplicable a las personas jurídicas y que, por ende, las empresas del señor José María Cantos, que poseen distintas formas societarias, no están amparadas por el artículo 1.2 de la Convención.

26. Toda norma jurídica se refiere siempre a una conducta humana, que la postula como permitida, prohibida u obligatoria. Cuando una norma jurídica atribuye un derecho a una sociedad, ésta supone una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan (...)

27. (...) [L]a Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no

27 Web bibliográfica: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=272 consultado el 21 de abril de 2022

restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas."

Luego entonces me atrevo a sostener que aun cuando se refirió el tema de las personas morales, la Corte, en el caso José María Cantos, no estuvo de acuerdo que tuvieran derechos humanos las personas jurídicas colectivas, llamadas también personas morales. Es decir el tema está referido solamente, no hubo definición, y el caso Cantos no fue exactamente lo que pretendió la ponente de la tesis, y que aprobaron unánimemente los ministros, sin dejar de reconocer que resultó de gran trascendencia, el tema de análisis, en donde se reconoció que los derechos y obligaciones de las personas morales se traducen, finalmente, en derechos y obligaciones de las personas físicas que las integran. La sentencia en cita reconoció el acceso a la protección de los derechos humanos, aun cuando actúen por medio de las personas morales, pero ello derivó en una jurisprudencia integradora, contraria a la Constitución.

En el caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) contra Costa Rica, de Noviembre de 2012,[28] La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

La Suprema Corte de Justicia tiene facultades para interpretar la Constitución, pero obviamente, "jamás una jurisprudencia podrá suprimir un artículo de la norma Constitucional"[29]. Y el problema más grave es, como bien enseña el notable constitucionalista Jacinto Faya Viesca, cuando "la jurisprudencia ejerce un efecto no solamente supresor; sino incluso sustituto de la norma legal".[30]

La jurisprudencia es, y sólo debe ser, la interpretación de la Ley. La jurisprudencia no constituye legislación nueva, ni diferente, sino sólo debe ser la interpretación correcta de la ley, que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido. No puede, ni menos debe, alterar la Ley. Las tesis del poder judicial de la federación, de todas las épocas, así lo indican desde hace más de 56 años:

Sexta Época
Registro digital: 390056
Primera Sala
Jurisprudencia
Apéndice de 1995

28 Web bibliográfica: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235 consultado el 21 de abruil de 2022

29 Vid. Faya Viesca, Jacinto: Teoría Constitucional. México. Porrúa. 2002. pp 16 y 17.

30 Vid. nota anterior.

Tomo II, Parte SCJN
Materia(s): Penal
APENDICE '95: TESIS 187 PG. 107

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA.- Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.

Segundo gran tema: "(...) las personas gozarán[31] de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución"

Se indica sólo a los derechos **humanos reconocidos en la Constitución Política.** Sólo los derechos humanos contenidos en los tratados de los que el Estado Mexicano sea parte. Paralelamente, en la legislación positiva he encontrado, entre otras codificaciones:

EN LA LEY DE AMPARO

31 Una definición de la Real Academia sería: Tener y poseer algo útil y agradable. Tener gusto, complacencia y alegría de algo.

Artículo 1o. *El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:*

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y
III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

EN EL CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 2o. *Objeto del Código*

Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

EN LA LEY GENERAL DE VICTIMAS.[32]

Artículo 4. *Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.*

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

32 Esta Ley es demasiado importante, muchos suponen que es de rango penal. Es una Ley que tiene que ver muchísimo con los Derechos Humanos.

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Artículo 6. *Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:*

(...)

X. Hecho victimizante: *Actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima. Éstos pueden estar tipificados como delito o constituir una violación a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México forme parte;*

(...)

XXI. Violación de derechos humanos. *Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión*

referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

Lo anterior es absolutamente trascendente, ya que junto con el artículo 1 de la Carta Magna, nace el relevante, segundo párrafo del artículo 29 Constitucional, que contiene nuevos derechos humanos en la Constitución, mismo que indica:

"Articulo 29.-

(...)

En los decretos que se expidan[33] , no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos (1) a la no discriminación, (2) al reconocimiento de la personalidad jurídica, (3) a la vida[34], (4) a la integridad personal, (5) a la protección a la familia, (6) al nombre,[35] (7) a la nacionalidad;

33 Aquí está el "núcleo duro" de los Derechos Humanos, es decir no deben ser modificados jamás los mismos, incluso atendiendo al principio de progresividad. Ver la excelente obra de Ariel Alberto Rojas Caballero: Los Derechos Humanos en México. México. Porrúa, p. 90.

34 La palabra "vida" se quitó, el 9 de diciembre de 2005, al artículo 14 de la Constitución. Es posible que fuimos de las pocas Constituciones que no protegió a la vida. Con fortuna existió el artículo 133 y los Tratados Internacionales que nos cobijaron, casi 10 años después volvió a tener vigencia la palabra vida en el segundo párrafo del artículo 29. Consultar el ensayo La protección jurídica de la vida en México y en el Mundo. El Colegio Nacional. México. 2011. p 221 a 257.

35 Una de las primeras tesis que emergieron identificando al nombre como derecho humano, es la siguiente: Décima Época. Registro digital: 2000213. Primera Sala. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, febrero de 2012, Tomo 1. Constitucional. Tesis: 1a. XXV/2012 (10a.). Página: 653. DERECHO HUMANO AL NOMBRE. SU SENTIDO Y ALCANCE A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.- Conforme a las obligaciones

(8) los derechos de la niñez; (10) los derechos políticos; (11) las libertades de pensamiento, (12) conciencia y (13) de profesar creencia religiosa alguna; (14) el principio de legalidad y (14) retroactividad; (15) la prohibición de la pena de muerte; (16) la prohibición de la esclavitud y (17) la servidumbre; (18) la prohibición de la desaparición forzada y (19) la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos."

Luego entonces hay nuevos derechos humanos en la Constitución expresamente referidos en ella, lo cual es trascendente, así lo indica German Eduardo Baltazar Robles:[36] *"Esto permite identificar qué derechos la propia Constitución prevé*

establecidas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 29 del mismo ordenamiento, se advierte que el sentido y alcance del derecho humano al nombre, a partir de su propio contenido y a la luz de los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano en la materia, son el conjunto de signos que constituyen un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad; este derecho está integrado por el nombre propio y los apellidos; lo rige el principio de autonomía de la voluntad, pues debe elegirse libremente por la persona misma, los padres o tutores, según sea el momento del registro; y, por tanto, no puede existir algún tipo de restricción ilegal o ilegítima al derecho ni interferencia en la decisión; sin embargo, puede ser objeto de reglamentación estatal, siempre que ésta no lo prive de su contenido esencial; incluye dos dimensiones, la primera, relativa a tener un nombre y, la segunda, concerniente al ejercicio de modificar el dado originalmente por los padres al momento del registro, por lo que, una vez registrada la persona, debe garantizarse la posibilidad de preservar o modificar el nombre y apellido; y, es un derecho no suspendible, incluso en tiempos de excepción. Así, la regulación para el ejercicio del derecho al nombre es constitucional y convencionalmente válida siempre que esté en ley bajo condiciones dignas y justas, y no para establecer límites que en su aplicación equivalgan en la realidad a cancelar su contenido esencial.- Amparo directo en revisión 2424/2011. Ma. Guadalupe Ruiz Dena. 18 de enero de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lucía Segovia.

36 Cfr. su bellísimo libro Derechos humanos, Derechos Fundamentales, Juicio de Amparo y Reparación Integral, editorial COEDI, página 28 y 29.

como intocables incluso en situaciones de emergencia, por lo que de ese listado podremos obtener cuáles son los "Derechos Humanos reconocidos" como tales en nuestra Carta Magna si sus características permiten considerarlos así pues, como se precisó en el capítulo I, los Derechos Humanos, desde el punto de vista conceptual o de fondo (...)"

Tercer gran tema: "(...) y[37] con los tratados internacionales de la materia (...) [38]

Y es evidente ahora, ya que la letra "y" (letra en forma copulativa, para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo) iguala la jerarquía; no hace distingos. Emergió con ello el criterio de que los Tratados Internacionales tienen la misma jerarquía normativa. La Suprema Corte ha debatido ampliamente el tema.

"Así, de la noche a la mañana los jueces amanecieron convertidos en defensores de los Derechos Humanos, lo que sea que esto signifique." Así lo refirió certeramente Francisco Javier Sandoval, al indicar que los jueces, y no sólo ellos, sino también los abogados, podrían aplicar o aducir los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de la materia.

Ciertamente el más detallado, útil, documentado y concordado, portal informático, que en verdad sorprende, es la tabla normativa de derechos humanos, de la fundación acción pro derechos humanos.[39]

37 Tema importante es subrayar la letra "y" en función copulativa, lo que ha creado un torrente de tesis sobre la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

38 Cfr. García Villegas Sánchez Cordero Paula M.: El Control de la Convencionalidad y las Cortes Nacionales. Porrúa. México 2013. p. 200.

39 Web bibliografía: http://www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm consultado el 22 de abril de 2022

Cuarto gran tema: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta *Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"*

Sobre el tópico de la interpretación conforme[40], hay muchas tesis del poder judicial federal, cito solo ésta que es histórica, del expediente varios 912/2010, iniciado magistralmente por el pleno de la SCJN.

Décima Época

Registro: 160525

Instancia: Pleno

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1

40 Es notable el libro La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internaciones sobre derechos Humanos y el control de la convencionalidad, de José Luis Caballero Ochoa, número 90 del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2013.

Materia(s): Constitucional
Tesis: P. LXIX/2011(9a.)
Página: 552

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: **a) Interpretación conforme en sentido amplio**, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y **conforme a los derechos humanos** reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; **b) Interpretación conforme en sentido estricto**, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el

último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.[41]

Quinto gran tema: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"

El famoso control de la convencionalidad, sobre el que se sigue escribiendo, nace en virtud del párrafo siguiente, creado entre otros, por Don Sergio García Ramírez. La frase siguiente es altamente significativa: en el Caso Almonacid contra Chile, se escribió con meridiana claridad y pétreamente:

124. (...) [C]cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.".

41 Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

En el excelente libro *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios de México*,[42] de Gumesindo García Morelos, se refirió antes de la aparición en la Carta Magna de los Derechos Humanos:

> *"El derecho convencional de los derechos humanos cuenta con cláusulas de supremacía respecto a los ordenamientos nacionales, y en caso de incumplimiento de los deberes internacionales los organismos encargados de la revisión del respeto a dichos instrumentos pueden realizar un control de convencionalidad mediante diversas técnicas procesales.*
>
> *La repercusión de la aplicación del derecho convencional por parte de los tribunales nacionales constituye el tema central del presente trabajo. Desafortunadamente la práctica respecto a los Tratados Internacionales no resulta alentadora, aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera en su jurisprudencia el deber de realizar por parte de todos los jueces de los países signatarios el control de convencionalidad."*

Esto es lo medular: el derecho convencional de los Derechos Humanos, cuenta con estipulaciones de supremacía respecto a las codificaciones nacionales.

Sexto gran tema: *"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"*

42 Es muy importante resaltar que el libro fue impreso en junio de 2010, en la editorial UBIJUS, pagina 10. Existe el mismo libro con el título control convencional de los Derechos Humanos, en los Tribunales Mexicanos, Cuaderno de Divulgación de Justicia Electoral número 3, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2015.

Bienvenido todo esto que constituye el avance más importante desde la Constitución de 1917, a los derechos del hombre; bienvenido entre otros, el principio pro homine que se conocía muy poco.

Séptimo gran tema: *"Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad(...)*

Luis Felipe Guerrero Agripino, se refiere con mucha claridad a esos principios:

"Principio pro persona: es decir, que cuando la autoridad tenga que optar por varias normas para aplicar ante una situación concreta, o cuando un texto normativo amerite diversas interpretaciones, deberá privilegiarse la que mejor favorezca a la persona.

Principio de universalidad: significa que el goce de los derechos humanos abarca a todas las personas por igual.

Principio de interdependencia: se traduce en que todos los derechos humanos se encuentran vinculados entre sí, con el mismo valor. De esa manera, le corresponde al Estado garantizar la aplicación integral de los mismos.

Principio de indivisibilidad: significa que los derechos humanos poseen un rango intrínseco a la persona; son inseparables de ella, de tal manera que al ejercerse uno de ellos, correlativamente se deriva el ejercicio de otros. Se trata de una interrelación que no es susceptible de separar.

Principio de progresividad[43]: conlleva el desiderátum de ir siempre hacia delante. Es decir, que el Estado se encuentre en una permanente búsqueda de ampliación de los derechos humanos y de los mecanismos de protección, a la luz de las necesidades imperantes del contexto o de las situaciones cambiantes de la realidad".[44]

Hay un ensayo interesantísimo sobre el tema, denominado LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD. APUNTES PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA.[45]

La siguiente tesis es ejemplar y explicita.

Décima Época

Número de registro del disco óptico de Sistematización de Tesis y Ejecutorias de la SCJN: 2,001,787

Tesis aislada

Materia(s): Común

Tribunales Colegiados de Circuito

43 Cfr. Mancilla Castro, Roberto Gustavo: El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano, en Revista Cuestiones Constitucionales. No. 33. México. 2015. pp 81-103.

O bien en https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098

44 Vid. Guerrero Agripino, Luis Felipe: La autonomía universitaria ante la reforma educativa Comentarios a la reforma constitucional de 2019 en materia de educación superior. Guanajuato, México. 2019. p. 21

45 Vid in extenso: De Vásquez Luis Daniel y Serrano Sandra: Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad Y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, en La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma. México. 2011.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3
Tesis: IV.2o.A.13 K (10a.)
Página: 2072

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. SUS ALCANCES A RAÍZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 10 DE JUNIO DE 2011.[46] A partir de la reforma de diez de junio de dos mil once al artículo 1o., en relación con el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, quedando así establecidas las premisas de interpretación y salvaguarda de los derechos consagrados en la Constitución, que se entiende deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); asumiendo tales derechos como relacionados, de forma que no es posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras (indivisibilidad e interdependencia); además, cada uno de esos derechos o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, y no niegan la posibilidad de su expansión, siendo que crecen por

46 Vid. Ponencia de mi autoría: "DE LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA INTEGRAL CONFORME A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESCONECTADA REFORMA LABORAL. EN LA MEMORIA DE LOS 100 AÑOS DEL NACIMIENTO DEDON IGNACIO BURGOA ORIHUELA. CUARTO SEMINARIO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y AMPARO". Morelia, Michoacán, junio de 2017.

adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo (progresividad). Al positivarse tales principios interpretativos en la Constitución, trascienden al juicio de amparo y por virtud de ellos los tribunales han de resolver con una tendencia interpretativa más favorable al derecho humano que se advierta conflagrado y con una imposición constitucional de proceder a su restauración y protección en el futuro, debiendo por ello quedar superados todos los obstáculos técnicos que impidan el estudio de fondo de la violación, fundados en una apreciación rigorista de la causa de pedir, o la forma y oportunidad en que se plantea. En ese sentido, la suplencia de la queja deficiente encuentra fortalecimiento dentro del juicio de garantías, pues a través de ella el Juez puede analizar por sí una violación no aducida y conceder el amparo, librando en ese proceder los obstáculos derivados de las omisiones, imprecisiones e, incluso, inoportunidades en que haya incurrido quien resulta afectado por el acto inconstitucional, de manera que es la suplencia el instrumento que mejor revela la naturaleza proteccionista del amparo, y su importancia, como mecanismo de aseguramiento del principio de supremacía constitucional, mediante la expulsión de aquellos actos o disposiciones que resulten contrarios al Ordenamiento Jurídico Máximo. Así, las reformas comentadas posibilitan ampliar su ejercicio, por lo que cuando en el conocimiento de un juicio de amparo la autoridad advierta la presencia de un acto que afecta los derechos fundamentales del quejoso, podrá favorecer el estudio de la violación y la restauración de los derechos conflagrados, por encima de obstáculos derivados de criterios o interpretaciones sobre las exigencias técnicas del amparo de estricto derecho, como la no impugnación o la impugnación inoportuna del acto inconstitucional, su consentimiento presuntivo, entre otros, pues

estos rigorismos, a la luz de los actuales lineamientos de interpretación constitucional, no podrían anteponerse válidamente a la presencia de una manifiesta conflagración de derechos fundamentales, ni serían suficientes para liberar al tribunal de procurar la restauración de dicha violación, del aseguramiento de los derechos fundamentales del individuo y del principio de primacía constitucional en la forma más amplia. Además, tal proceder es congruente con la intención inicial reconocida a la suplencia de la queja, pues ante la presencia de un acto inconstitucional, se torna en salvaguarda del ordenamiento jurídico en general y del principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133 constitucional, en tanto que las deficiencias en que incurra el agraviado, relacionadas con la falta de impugnación o la impugnación inoportuna, pueden entenderse como una confirmación del estado de indefensión en que se encuentra y del cual debe ser liberado.[47]

De la misma manera que se ha modificado la carta magna en cuanto a los derechos humanos, ya que no son sólo relevantes los artículos 1 y el 29, menciono solamente en cuanto a la idea toral de este ensayo, a los artículos 2, 3, 15, 18, 21, 33, 89, 97 y otros.

De la difusión de los derechos humanos por los poderes judiciales

47 SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 319/2011. Joaquín del Bosque Martínez. 24 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretario: Eucario Adame Pérez.

En el ámbito estadual, los primeros poderes judiciales que desarrollaron una difusión de los derechos humanos, fueron los de los estados de Michoacán y Sinaloa; siendo más destacado lo que se publicitó en su portal informativo[48] el de Michoacán, en donde establece una lección nacional, en su motivación y en la riqueza de sus temas, tal como se muestra en las imágenes insertas.

En virtud de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el Poder Judicial de Michoacán desarrolla y colabora en programas de difusión y capacitación en materia de derechos humanos.

48 Las imágenes del Portal que se imprime, no es vigente.

La reforma constitucional antes referida, genera la impostergable necesidad de conocer, y de profundizar en el estudio de los tratados internacionales en los que se reconocen los derechos humanos, y en que el estado mexicano es parte; por lo cual es

indispensable tener un conocimiento público del listado enunciativo, y no limitativo, -y esto es muy importante- de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, clasificados por la materia en que inciden.

Ahora bien, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la constitución vigente, y con los tratados internacionales de la materia de derechos humanos, deben ser todos los instrumentos, siempre que hayan sido firmados por el gobierno mexicano. Además, por Tratado se debe entender, conforme al artículo 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, prácticamente cualquier acuerdo internacional escrito.

Hay un libro que me parece único en su género, y logradísimo, que nace en ese estado de Sinaloa: Hechos violatorios de derechos humanos en México[49], de Juan José Ríos Estavillo y Jhenny Judith Bernal Arellano. En él se encuentra una relación de varios hechos violatorios a los derechos humanos y en donde sorprende que exista la alusión exacta a la normatividad nacional e internacional, así como de los rubros jurisprudenciales, es decir el derecho positivo aplicable de los tratados y convenciones internacionales. Ese libro será un ejemplo a seguir en la doctrina nacional para conocer, entender y comprender el derecho internacional que hay en beneficio de los derechos humanos nacionales.

De la necesidad de una mayor educación

La procuraduría de derechos humanos del Estado de Guanajuato, celebró hace meses un coloquio "Derechos humanos y sus reformas en la constitución". Recuerdo que fue disertante el magistrado de circuito, Rafael Rojas Licea, quien conferenció

49 Editado por editorial Porrúa y la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Sinaloa, impreso el 22 de octubre de 2010.

con sapiencia sobre "la importancia de la aplicación de los derechos humanos en el ejercicio del poder judicial", También recuerdo al maestro Luis Alberto Estrella Ortega, quien expuso algunos temas apasionantes de las "implicaciones de las reformas en materia de derechos humanos y seguridad pública en los espacios de formación académica". Recuerdo otras conferencias en donde aprendí mucho. Las extraño.

Toda autoridad debe promover los derechos humanos, pero siempre es necesario que se haga una labor mayor, y sobre todo, que se amplíe el conocimiento de los Derechos Humanos, a los niños, a los adolescentes, es decir, a todos; simplemente para que el ciudadano se sienta más fuerte, se sienta que no debe ser despreciado. La defensa de los Derechos Humanos debe basarse en un compromiso contra la barbarie, y en un sentimiento de empatía basado en la dignidad humana.

La educación debe ser mucho mayor y vertical. Buscar que la secretaría de educación pública injerte y nutra en sus planes de estudio, temas torales de derechos humanos, de suerte que la educación llegue a la raíz, a los niños, para que éstos, a la par de conocer que tienen obligaciones y responsabilidades, lo que es esencial, también tienen algunos derechos, los cuales son correlativos. Se debe buscar la solidaridad de todos los educadores para no sólo difundir los derechos, sino hacerlos un modo de vida.

Esto es toral. No se reclama lo que no se conoce, lo que no se sabe que nos pertenece. Ni se cumple con las obligaciones respectivas. Entonces, la tarea es difícil y prolongada, más aún cuando hay sectores reacios a la educación. Ahí habría que aprovechar a los medios de comunicación para que sean formadores, a las redes sociales, para sensibilizar debidamente a los recipiendarios de los derechos humanos, para conocer éstos y para denunciar las violaciones encauzadamente y buscando

efectividad, ya que todos somos víctimas de las violaciones a los derechos humanos. *"(...) La existencia de leyes y normas no es suficiente a largo plazo para limitar los malos comportamientos, aun cuando exista un control efectivo. Para que la norma jurídica produzca efectos importantes y duraderos, es necesario que la mayor parte de los miembros de la sociedad la haya aceptado a partir de motivaciones adecuadas, y que reaccione desde una transformación personal."* [50]

"La vida humana es como una es cultura siempre inacabada. Todos la vamos cincelando cada día. Hay que ir esculpiéndola como la obra de arte que es", dijo emocionado Don Jorge Carpizo, ciertamente hay que esculpirla con nuestra conducta diaria y con la defensa de los Derechos Humanos.

50 Jorge Bergoglio, en su Carta Encíclica Laudatus est, del 24 de mayo de 2015.

A manera de conclusión

"Aunque a partir del 2005 la SCJN mostró una cada vez mayor sensibilidad por los casos de derechos humanos, reformó su andamiaje procedimental para hacerlo más transparente y cercano a los ciudadanos, y se preocupó por construir un perfil institucional comprometido con los derechos humanos, a nivel estrictamente jurisdiccional el avance era lento y el amparo continuaba frenando los pasos hacia una mayor constitucionalización efectiva." Esto opina certeramente, Francisca Pou Giménez [51]

Y en la misma línea crítica pareciera que no hemos avanzado en el gigantesco conocimiento, en la concientización, y en la debida comprensión de los derechos humanos, a los que se refiere a veces, sin más, lo que implica que la educación en ellos, sigue fallando.

La Suprema Corte, con el motivo de la primera década, acaba de emitir un libro que indica que la reforma constitucional de derechos humanos, es una década transformadora. Hoy la misma corte de justicia enfrenta muchos pendientes.[52] Hay demasiados temas que a todos nos interesan: hay crisis ambiental, hay demasiados desaparecidos, hay falta de atención íntegra a la salud, y sobre todo se siguen olvidando las omisiones legislativas del Congreso Federal, de hace nueve años, ¡como si no fuera importante la reparación de las violaciones a los derechos humanos!

51 Vid. Pou Giménez, Francisca: El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector? En el Anuario de Derechos Humanos, número 10, 2014 pp. 91 a 103.

52 Y con ello hago paráfrasis del elocuente libro digital, en edición Kindle, denominado: Los pendientes de la Suprema Corte, de María Amparo Casar y otros, ediciones Cal y Arena.

Necesitamos despertar, aprender, iluminarnos con el conocimiento, exigir más; necesitamos como escribiera el jurista Diego Valadez, a la corte de justicia más que nunca; necesitamos en el camino de las libertades, ir cuesta arriba siempre y sin freno, no hacia atrás.

"El futuro tiene muchos nombres.
Para los débiles es lo inalcanzable.
Para los temerosos, lo desconocido.
Para los valientes es la oportunidad."

Víctor Hugo

Bibliografía

Abbagnano N.: Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. Quinta reimpresión. México. 1987.

Asociación nacional de magistrados y jueces de distrito: El Control de la Convencionalidad y las Cortes Nacionales, La perspectiva de los Jueces Mexicanos. Porrúa. 2013.

Baltazar Robles, G. E.: Derechos humanos, derechos fundamentales, juicio de amparo y reparación integral. Coedi. 2015. México.

Bergoglio, J.: Carta Encíclica Laudatus est.

Caballero Ochoa, J.L.: La interpretación conforme el modelo constitucional ante los tratados internaciones sobre derechos humanos y el control de la convencionalidad, número 90, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa. 2013. Passim.

Capitant Henri: Vocabulario jurídico. Depalma. Buenos Aires. 1981.

Cruz Parcero J.A.: Personas jurídicas y Derechos Humanos. Un debate sobre la titularidad de los Derechos Humanos, ¿Son las empresas titulares de derechos humanos?, en el libro, edición de la SCJN y la oficina del alto comisionado de los derechos humanos de las naciones unidas. México. 2014.

Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, Sección Segunda, Ensayo Establecimiento de las Procuradurías de Pobres Intervención del legislador Ponciano Arriaga en el Congreso de San Luis Potosí. México. 2016.

Faya Viesca, J.: Teoría Constitucional. Porrúa. México. 2002.

Fix Zamudio, H.: La protección jurídica de la vida en México y en el Mundo. El Colegio Nacional. México. 2011.

García de Enterría, E.: La lucha contra las inmunidades del poder, Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas. España. 2016.

García Morelos, G.: Control convencional de los Derechos Humanos, en los Tribunales Mexicanos. Cuaderno de divulgación de justicia electoral número 31, tribunal electoral del poder judicial de la federación. México. 2015.

Carmona Tinoco J.L. y Corzo Sosa, E.: Entidades Federativas y Derechos Humanos, Revista Cuestiones Constitucionales, ensayo denominado "Numero 19, Julio Diciembre del año 2008. Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Guerra Aguilera, J.C.: Deficiencia de la queja integral conforme a los derechos humanos y la des-conectada reforma laboral. En la memoria de los 100 años del nacimiento de Don Ignacio Burgoa Orihuela. Cuarto seminario nacional de derechos humanos y amparo. Ponencia: Morelia, Michoacán. Junio de 2017.

Guerrero Agripino, L.F.: La Autonomía Universitaria ante la reforma educativa. Comentarios a la reforma constitucional de 2019 en materia de educación superior. Primera edición. 2019.

Hidalgo Riestra, C.: Los Derechos Humanos de las personas Morales. Comisión Estatal de Derechos Humanos. Jalisco. Sin fecha de edición.

Juárez Pérez J. J.: Fuentes de inspiración de la Procuraduría de Pobres y detalles biográficos del autor. Cuadernos del Archivo 7. San Luis Potosí. 2003.

Mancilla Castro, R.G.: El principio de progresividad en el ordenamiento Constitucional Mexicano. Revista Cuestiones Constitucionales. 2015.número 33.

Márquez Enrique, P.A.: Las Procuradurías de Pobres, UASLP. Escuela de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983.

Ovalle Favela, J.: Las Voces del Consejo, Reflexiones y Remembranzas de los Consejeros de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Porrúa. 2001.

Pacheco Pulido, G.: La inmensidad del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos. Editorial Porrúa. 2013.

Pou Giménez, F.: El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector? Anuario de Derechos Humanos, número 10. 2014.

Rojas Caballero, A. A.: Los Derechos Humanos en México. Porrúa. Passim.

Ríos Estavillo J.J. y Bernal J.J.: Hechos violatorios de Derechos Humanos en México. Arellano Porrúa y la Comisión Estatal de los Derechos Humanos. Sinaloa. 2010.

Hugo Grocio[1]

Mtro. Diego León Rábago

Hugo Grocio (1583-1645) fue uno de los más destacados representantes de la "escuela del derecho natural". Los otros fueron Spinoza, Hobbes, Puffendorf, Burlamaqui y Wolff.

Fue preocupación de Hugo Grocio la modernización y la secularización de la antigua teoría iusnaturalista, con el objeto de encontrar un fundamento ético y no meramente autoritario al poder político.

El punto de partida de su pensamiento fue la afirmación de los estoicos de que hay un derecho natural que tiene su fuente en la naturaleza del hombre: derecho que existiría aunque no hubiese dios o aunque no se ocupase de los asuntos humanos: derecho de carácter obligatorio por su justicia intrínseca para todos los pueblos, incluyendo gobernantes y gobernados, y que es superior a todos los derechos de las naciones.

1 Publicada originalmente en el Boletín del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. Número 31. Guanajuato, capital. México. Diciembre 1984- enero 1985; pp. 52-57.

La importancia del pensamiento de Grocio radica fundamentalmente en su concepción de un derecho que regulaba las relaciones entre estados soberanos. Esto tuvo especial significación en el siglo XVII, en que proliferaban las monarquías absolutistas y la aceptación frecuente de una concepción maquiavélica de las relaciones entre esas monarquías, así como el imperio de la fuerza como regulador de los tratos entre las naciones: en que se dieron las guerras de religión que siguieron la reforma: en que las naciones de Europa occidental se encauzaban hacia la colonización, el engrandecimiento comercial y la explotación de los territorios recién descubiertos. Sin duda, todos estos hechos propiciaron el pensamiento de Grocio.

Desde otro punto de vista, el pensamiento de Grocio fue también importante en un siglo en el que, al surgir de pronto la reforma, fue cuestionada la idea de un derecho natural basado en las sagradas escrituras, al afirmarse que ni la autoridad de la Iglesia, ni la autoridad de las escrituras, ni ninguna forma de revelación religiosa, podían aportar la base de un derecho obligatorio a la vez para los pueblos protestantes y católicos y que regulase las relaciones entre los gobernantes cristianos y los no cristianos.

Fue esto, entonces, lo que elevó a Grocio a recurrir a la tradición precristiana del derecho natural, surgida del pensamiento griego de la antigüedad Clásica.

Grocio utilizó el debate, propiamente la dialéctica, como forma expositora y como método. Inventa la discusión con Cárneades, crítico escéptico de la filosofía estoica. Este sostiene la idea de que toda conducta humana está motivada por el egoísmo y, en consecuencia, de que el derecho es una mera convención social, generalmente benéfica y basada no en un sentido de justicia, sino en consideraciones de prudencia. Con esto, Carnéades pretende refutar la afirmación de la existencia

de la justicia natural. Grocio, por su parte, responde que la apelación a la utilidad (el egoísmo) es esencialmente ambigua, ya que los hombres son por naturaleza sociables como resultado de ello sostiene, el mantenimiento de la sociedad es una conveniencia de primera importancia que no puede medirse por ningún beneficio privado (aparte de la satisfacción de sus impulsos sociables) que de ella derivan para las personas.

"El hombre, es sin duda, un animal, pero un animal de especie superior, mucho más distante que las demás especies de animales que ninguna de estas de cualquier otra... pero entre las cosas que son propias del hombre está el deseo de la sociedad, esto es, de comunidad, pero no de una comunidad de cualquier clase, sino de una comunidad pacífica y organizada con arreglo a su entendimiento, con los seres de su propia especie; a esta tendencia social denominaron los estoicos "sociabilidad".[2]

Grocio concluye que por tal razón la conservación de un orden social y pacífico constituye un bien intrínseco y de ahí resulta que las condiciones requeridas para ese fin sean obligatorias, tanto como lo son las que sirven a fines estrictamente privados. El mantenimiento de la sociedad, que es consonante con el entendimiento humano, el ausente del derecho propiamente dicho; es fuente, en consecuencia, de los mandatos de abstenerse de robar, de cumplir con las promesas, de reparar los daños que ocasionemos y recibir castigo por los delitos que los hombres cometemos.

Es necesario aclarar que, a pesar de que Grocio sostiene la idea de que al Derecho natural conservaría su valor aún cuando Dios no existiese, esto no significó sostener la absoluta autonomía de la razón humana como única fuente del Derecho natural. De ninguna manera niega que Dios sea la fuente suprema del derecho natural o que las Sagradas Escrituras lo sean también.

2 (1) Prolegomena. Sec. 6. Cita seleccionada por George H. Sabine.

Grocio afirma que hay ciertas condiciones o valores mínimos que, siendo la naturaleza humana como es, tiene que darse para que pueda persuadir una sociedad ordenada; así: la seguridad de la propiedad, la buena fe, la honestidad en los tratos y un acuerdo general entre las consecuencias de las conductas de los hombres. Pero, por supuesto, tales condiciones no son producto de la convención.

En realidad, el pensamiento del autor holandés es racionalista porque existe en él la idea de que es posible la construcción de un sistema válido de derecho racional, con suficiente poder de contención sobre la voluntad, que surja de las solas deducciones lógicas. Pero, los dictados de la razón son según afirma, lo que la naturaleza humana y la naturaleza de las cosas ordenan que sean.

El método que utilizó Grocio, consecuentemente, fue racionalista, científico para su época, podríamos decir. Hay ciertas proposiciones jurídicas que son axiomáticas, afirma, como lo es la de que dos y dos son cuatro. Ningún espíritu razonable puede cuidar de ellas una vez que son entendidas con exactitud y concebidas por medio de los cuales la inferencia sistemática puede construir un sistema completamente racional de teoremas.

Sin embargo, Grocio no dudó nunca de que gran parte del derecho se debía a lo que denominaba “voluntad”, es decir, a la promulgación, cosa que podía cambiarse sin violar la razón. Pero, entendía que algunas relaciones son “necesarias”, pues ni la voluntad ni la autoridad pueden cambiarlas.

Es importante aquí referir que nuestro autor señala que el derecho natural da origen al derecho positivo. La validez de este deriva de las bases subyacentes en toda obligación social y de la buena fe en el cumplimiento de los pactos, y agregó que ciertos

principios generales de justicia son naturales, es decir, universales e inmutables y que sobre ellos se erigen los derechos positivos. Por eso, define al derecho natural como "un dictado de la recta razón que indica que un acto, en virtud de su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional y sociable, esta afectado moralmente de necesidad o de malicia, y que, por consiguiente, esta prescrito o proscrito por Dios autor de esa naturaleza".[3]

En esta definición, el derecho natural queda divorciado de la revelación divina y de la voluntad de Dios, pero aparece aún íntimamente unido a la moralidad. Sin embargo, esta moralidad tiene ya un tinte individualista. Es la moralidad de un individuo independiente que respeta la esfera de derecho de los demás. Por ésta razón, los principios fundamentales del derecho natural son para él los siguientes: abstenerse de apropiarse de lo que pertenece a otros; conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a los demás; indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro; castigar a los hombres que lo merecen.

Por otra parte, Grocio definió al Estado como "una asociación perfecta de hombres libres, asociados para gozar de sus derechos y para utilidad común". El origen del Estado radicaba en la celebración de un contrato, pero generalmente el pueblo había transferido su poder soberano a un gobernante, que lo adquiriría como derecho privado suyo y cuyas acciones no estaban sometidas a control jurídico. El gobernante, sin embargo, estaba obligado a observar los principios de derecho natural y de gentes. Si abusaba de su poder, los súbditos no tenían, o por regla general, derechos a revelarse contra él. Solo en casos excepcionales de usurpación o flagrante

3 (2) Prolegomena. Libro I, Cap. I, Sec. X.

abuso de poder podía el pueblo oponer el derecho de resistencia. Así, los principios del derecho natural quedaban al cuidado de un gobernante soberano no sometido a ningún control por parte de sus súbditos.

Grocio definió la soberanía como "un poder cuyos actos no están sujetos a otro derecho, de suerte que puedan anularse por el arbitrio de otra voluntad humana".[4] Definición que coincide con los conceptos antes expresados. Y, aclara, existe un poseedor o sujeto común del poder y otro especial. El sujeto común de la soberanía es el propio Estado; el sujeto especial, una o más personas, designadas con arreglo al derecho constitucional de cada Estado como gobernantes. El soberano es, por consiguiente, o el propio cuerpo político (Estado) o el gobierno.

Corolario: no es posible negar que la teoría de Grocio tuvo aspectos sumamente positivos: el fortalecimiento de las ideas iusnaturalistas en un periodo de crisis; el fortalecimiento de una idea de la necesidad de un derecho internacional, mediante la sistematización y la difusión de las teorías de la escuela española, que así traspusieron sus fronteras. Sin embargo, destacamos como aspecto negativo de la teoría Grociana la afirmación de que el gobernante no se encontraba sometido a control por sus súbditos y a nadie debía rendir cuentas. Esta afirmación, justificadora de la existencia de regímenes estatistas o dictatoriales, por usar un término moderno, conducía sólo a afirmar la omnipotencia del Estado en detrimento de la esfera de libertad propias de los seres humanos gobernados.

4 (3) Tratado Político. Citado por Edgar Bodenheimer.

Una postura para el juez de ejecución en México

Juez Mtro. Efraín Frausto Pérez

I.- A manera de introducción

Desde el diecisiete de junio de dos mil dieciséis, fecha memorable en la que entró en vigor la Ley Nacional de Ejecución, se ha venido fraguando, como en un horno fino, el papel que corresponde al juez de ejecución en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio.

Para conocer la labor del juez de ejecución en México, resulta importante citar el artículo publicado por el Magistrado Juan José Olvera López[1], antes de la implementación de esta figura, quien esbozó qué actividades debía cumplir el juez de ejecución, destacando que las mismas encuadraban en tres aspectos: jurisdiccional, recursiva y de supervisión. Asimismo, acotó que las labores a desarrollar por los jueces de ejecución conjuntarían y equivaldrían a las que anteriormente realizaban los jueces de proceso, los de amparo y el órgano desconcentrado de prevención y readaptación social, además de nuevas funciones que asumirían los jueces de ejecución a partir de la nueva ley.

1 Olvera López, J.J.: El juez de ejecución en materia penal. En Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 31, 2017 https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/12%20 Juan%20José%20Olvera%20López%20Pag%20225-249.pdf. Consultado el 11 de febrero de 2019.

Una vez que inició a operar el sistema, surgieron varias formas de jueces, algunas de las cuales son más compatibles con la problemática actual del país, que armoniza con un juez recursal, proclive a una función poco activa, evitando cualquier enfrentamiento directo con el sistema penitenciario y otras pocas que pretenden enfocarse en los derechos de los internos y buscar un sistema judicial compatible con una actividad que exige un juez más activo en la etapa de ejecución.

Por ello, en este trabajo se propone replantear la labor operativa de los jueces de ejecución, para ello partiré de mi perspectiva en torno a las penas, cómo considero que deben ser entendidas actualmente, para de ahí partir a la función que se nos exige como jueces de ejecución.

II.- Naturaleza de la ejecución de las penas

El sistema adversarial, tiene como una de sus características principales el control de las partes respecto a la presentación de los medios probatorios y desahogo de pruebas, ya que son quienes tienen a su cargo el deber sobre el descubrimiento, ofrecimiento, admisión, así como la preparación e interrogatorio de los testigos en el juicio. Las normas procesales suponen que son las partes quienes deben sentar las bases, preparar los testigos y formular las objeciones procedentes a las pruebas del adversario. De tal manera, que la intervención del juez está reducida a la división de labores que caracteriza al sistema adversativo, es decir, estamos hablando de un control de partes. Así, se cumpliría con el objetivo del proceso penal de esclarecer los hechos, absolver al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (artículo 20, A, fracción I de la CPEUM), en pocas palabras la búsqueda de la verdad. Con lo cual, desde luego, compete a los litigantes la sujeción que tienen los medios probatorios en el sistema acusatorio-adversarial al principio de racionalidad, ya que aspira a una adjudicación certera, justa y correcta de parte del juzgador, pero que debe ser controlado por las partes, sin embargo, están sometidas a cuestiones fácticas importantes.

Es anhelo común de los seres humanos vivir en armonía, de modo tal que tengamos la posibilidad, por lo menos potencial, de buscar desarrollar aquello que nos satisfaga como personas.

Buscamos una satisfacción económica suficiente para satisfacer nuestras necesidades y las de nuestras familias, sentirnos seguros de salir libremente a las calles, parques y plazas públicas, y descansar en nuestras casas, sin que exista

nadie que nos lo impida o nos mantenga en un cautiverio forzoso. No queremos ser discriminados por lo que somos, ni por lo que hacemos y pensamos, y soñamos crecer y ver crecer a nuestras familias en armonía.

Queremos un Estado fuerte, que tenga los recursos y capacidad necesarios para satisfacer las necesidades colectivas, y que observe los derechos humanos a nuestro favor. Ese es el Estado de Derecho en que todos deseamos vivir.

Tan importantes valores son interiorizados por los poderes legislativo y ejecutivo, quienes son designados en forma democrática, y su función se cristaliza al crear las leyes. Igualmente y en forma destacada, el Poder Judicial constituye el termómetro de regularidad, al tener una doble función, por una parte, los jueces deciden los conflictos y precisan el alcance de las leyes, a fin de armonizar el caso concreto con el supuesto legal, y por la otra, emiten decisiones para evitar que los poderes públicos ejecutivo, legislativo y judicial, al resolver casos concretos, rompan con el equilibrio de poderes, al invadir sus propias esferas o los derechos de los particulares, en forma individual o colectiva.

De ahí que, si consideramos que el Estado de Derecho deseable es un sistema sano, debemos partir de una identidad axiológica, en la que todo el sistema trabaje para que la sociedad se restaure a sí misma, como si se tratara de un organismo dotado de *autopoiesis*.

Partir de una idea de valores generales y comunes es una premisa falsa, puesto que por el contrario, debemos aceptar que el sistema funciona con seres humanos, y una característica nuestra es ejercer libertad de optar, lo cual no siempre es acorde a los valores que la sociedad reconoce.

En ese tenor, los valores generales interiorizados por el sistema político deben ser tan amplios, que permitan a todos los seres humanos actuar en libertad, tomar decisiones plenamente cuando no exista la necesidad de encauzar conductas, y tan fuerte, como para establecer consecuencias, en caso de que en ejercicio de la libertad se desborde el río y se rompa con los valores indispensables para mantener el equilibrio general.

La propia idea de lo que es valioso para el orden jurídico constituye todo un tema que ha sido cuestionado por los estudiosos de la conducta, sin embargo, lo cierto es que sin reglas no puede existir un estado de derecho y el punto de partida para cualquier estudio serio sobre la función de los poderes públicos, debe partir de que es legítima y legal la actuación de éstos al crear y aplicar las leyes y que si no es así, existan mecanismos dentro del propio sistema que permitan regular esa legitimidad.

Regresando al tema de la observancia de los valores establecidos en el orden jurídico, resulta que cuando alguien se aparta del camino establecido para los particulares, el Estado – a través del sistema de procuración y administración de justicia—, se encarga de aplicar la consecuencia necesaria para sancionar las conductas que no son compatibles con los valores que la sociedad pretende.

Esta es la materia sustancial del procedimiento penal sancionador, el cual debe cumplir con los derechos fundamentales atinentes al debido proceso, observar la presunción de inocencia, ser público y derivar de un contradictorio; en el que corresponde acreditar al Fiscal, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad de quien fue acusado de cometer un delito, y quien tuvo la posibilidad de un juicio oral que culmina con la decisión de un Juez quien además de percibir los hechos en forma directa, tuteló los derechos fundamentales del sentenciado.

En ese sentido, una vez que se han observado esos principios, de importancia destacada, se genera una sentencia que impone una pena, la cual a su vez es susceptible de ser recurrida y contra la cual existe también la posibilidad de un análisis en un juicio de derechos humanos, calidad que en México tiene el amparo directo.

Citando los argumentos de Luigi Ferrajoli, podemos decir que la pena es emitida en un juicio jurisdiccional, en que existe el nexo entre saber y poder; por tanto, es la consecuencia necesaria de un acto humano, consistente en la violación de una norma, producto de un acto teorético, fruto de la comprobación de los hechos y del derecho, que determinó una sanción, en que el Juez ejerce un poder público[2]; por lo que no solo se trata de un análisis epistemológico, sino también de filosofía política y de teoría del derecho.

Ferrajoli, destaca que los juicios jurisdiccionales de naturaleza penal encajan perfectamente en el garantismo, puesto que no solo tienen una validez o legitimación jurídica (validez interna o formal), sino que también destaca su justicia o legitimación política (validez externa o substancial).

En ese sentido, el presupuesto de la pena es el juicio garantista.

Hecho lo anterior, una vez que se ha emitido ese juicio, debe ajustarse a lo que el Estado de Derecho demanda de los jueces, y generar una consecuencia jurídica real, verdadera y tangible que se aplique a quien se aparte del camino necesario para la sana convivencia dentro del grupo social.

2 Ferrajoli, L.: Epistemología Jurídica y Garantismo, 5ª edición. Editorial Fontamara; México, 2015. p. 232.

Si bien el proceso penal parte de la presunción de inocencia, el procedimiento de ejecución se genera con la determinación de culpa, y por ello debe seguirse con lo que el Estado y la Sociedad, dentro de los parámetros legales y políticos exigen del juez.

Günter Jakobs, en un tamiz más apegado a lo que se espera de la pena, sostiene que la estructura normativa debe ser confirmada, especialmente después de una contradicción a la norma; señala que el reproche no acompañado de un mal, ni de un dolor, confirma la configuración normativa de la estructura de la sociedad, pero no mejora su continuidad; por ello, el concepto de expectativa que pretende la norma es que el que tenga una resistencia contra fáctica, sea castigado, de tal forma que la defraudación de la norma no se repita continuamente. Para este autor, junto con la confirmación y cimentación que genera la sentencia como documento legal y su aplicación real, existen los aseguramientos cognitivos de flanqueo, consistentes en la autoprotección mediante la utilización de los derechos de necesidad y la protección a través de las medidas de aseguramiento, especialmente la custodia de seguridad[3].

La pena puede ser vista, desde este punto de vista, como la consecuencia precisa, concreta y específica al delito, que implica una restricción de derechos de quien a su vez no observó el orden social; y cumple en ese sentido, sus finalidades de prevención general y prevención especial, al decirle al mundo y al infractor, que las conductas contrarias a las normas no pueden quedar impunes.

3 Jakobs; G.: El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal, expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo; Editorial Flores, México, 2015. p. 61 y ss.

También debe dotarse de civilidad a la pena, en tanto debe ser congruente y clara, pero también suficiente para demostrar a aquel a quien se impuso y a la sociedad en general, que las restricciones deben ser congruentes con un Estado en que se observen las garantías de las personas. Esto es, debe considerarse que la privación de la libertad debe ser tal, no una simulación, pero no un acto infamante que haga que el condenado pierda la noción de que es un ser humano.

Frente a los aspectos atinentes a la pena, que podemos encuadrar bajo el común denominador de crimen- castigo, está el interés social de que las penas tengan como consecuencia generar mejores individuos que se reintegren a la sociedad, dotando a quienes fueron condenados de herramientas para enfrentar sus condiciones con aptitudes y actitudes que anteriormente no tuvieron.

Este aspecto exige ser compatible con prisiones eficientes, en que existan las condiciones necesarias para que las personas privadas de su libertad no sean menoscabadas en ningún derecho ajeno a la mera privación de su libertad, tal y como se establece en la tercera de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos[4].

Por ello mi postura en cuanto a las penas es en ese sentido clara y precisa en tres aspectos medulares:

- La pena debe ser real, congruente y coherente con el delito cometido, en forma tal que el infractor y la sociedad piensen antes de cometer un delito.

4 Naciones Unidas.: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos (reglas mandela). https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ ebook.pdf. Consultado el 11 de febrero de 2019.

• Al ejecutar las penas debe cuidarse de hacerlo observando el lado civilizado que tiene el derecho penal, no infringiendo penas que sean infames, respetando la calidad de persona de quien ha cometido el delito, y limitándole los derechos que correspondan a un castigo generado en un Estado de Derecho.

• Sin embargo, también debe otorgarse al sentenciado la posibilidad de regresar a la sociedad siendo un hombre mejor.

El parámetro para ello lo propicia el artículo 18 constitucional, que establece las bases del sistema penitenciario, y que es aplicable a la ejecución de penas, a través de cinco ejes que se deben propiciar en la ejecución de todas las penas, a través del trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte. Ejes que considero se deben aplicar en todos los casos, a fin de lograr la reinserción de los sentenciados y no solo para buscar tal condición cuando una persona está en prisión.

Con ello se pretende allanar las críticas que tiene el sistema penal actual, al que la sociedad reconoce como una puerta giratoria en que los delincuentes tienen siempre acceso a un castigo aparente, que no es real ni congruente con lo que la sociedad exige.

También se busca legitimar la actuación del Estado de Derecho, puesto que las posturas que pretenden anular los derechos de quienes son condenados, a través de penas infames, deslegitiman al Estado mismo, puesto que no puede combatirse la violencia indiscriminada a través de más violencia de la misma naturaleza, sino que solo será a través del reconocimiento de la calidad de persona a quien ha sido sentenciado, que se logrará que éste asimile la forma como debe tratar al resto de la sociedad.

Por último, la posible reinserción es un derecho, y por su conducto se logra que quien ha sido condenado conserve la esperanza en regresar a su entorno, sin las condiciones negativas que lo llevaron a cometer el delito.

El delito así considerado es consecuencia del libre albedrío, y también es producto de la situación del delincuente que quizás no contó con las mejores condiciones para elegir una conducta distinta.

A través de estos aspectos se pretende contrariar la inercia que se ha producido por olvidar que la pena es, parte importante y trascendente del derecho penal, al mismo nivel que el derecho procesal penal y la dogmática, que finalmente son efectivas solo cuando la pena impuesta es real y congruente.

Se habla de penas, y no solo de la prisión, puesto que en mi concepto los atributos indicados son comunes para todas las penas, aún cuando la Ley Nacional de Ejecución tiene el grave defecto de que se refiere en su mayoría a esa pena, ya que el sistema de ejecución debe ser general y buscar esos objetivos cuando se trate de cualquier pena y también cuando se aplique la condena condicional y los sustitutivos de la pena.

III.-Participación de los jueces en la ejecución

De acuerdo a los puntos antes mencionados, surge inmediatamente la necesidad de precisar cuál es la función que compete a los jueces de ejecución conforme al sistema actual.

En mi concepto existen dos tipos de procedimientos generales de ejecución; el ordinario y el controversial. El procedimiento ordinario, establecido en el artículo 100 de la Ley Nacional de Ejecución, tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia dictada en el procedimiento penal, o a la medida cautelar de prisión preventiva. El expediente de ejecución debe ser único e incluir todas las incidencias realizadas respecto del sentenciado, e incluso también incluir los procedimientos recursales respecto de ese justiciable, a fin de propiciar unidad de conocimiento, por tanto, debe ser individual.

El procedimiento controversial a su vez puede darse desde dos aspectos, en primer lugar para resolver de primera mano cuestiones que afecten derechos fundamentales de los sujetos a medida cautelar de prisión preventiva o sentenciados y por la otra, para resolver los recursos hechos valer en contra de las peticiones administrativas por éstos, por sus familiares, defensores u observadores de organizaciones de la sociedad civil que soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario.

El punto de partida de la labor del juez de ejecución es una medida cautelar de prisión preventiva o una sentencia definitiva.

La labor de los jueces de ejecución tratándose de medidas cautelares, tiene algunas limitantes y solo se refiere propiamente al internamiento en un centro de reclusión, por lo que no abarca otras medidas, la duración de la prisión preventiva, ni tampoco abarca la posibilidad de un traslado, puesto que al referirse a las condiciones en que se encuentra una persona sujeta a un procedimiento, lo referente a la duración de la medida cautelar de prisión preventiva y el cambio de lugar del interno corresponden al Juez de Control, dado que afecta una decisión propia de su jurisdicción.

En cuanto a la labor de los jueces después de dictada una sentencia definitiva, debemos partir de los parámetros establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 21 establece el primer aspecto al indicar que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

De ese mandato derivan las siguientes obligaciones, que a su vez son funciones específicas:

•Duración de las penas. El juez debe establecer y controlar la duración de las penas.

•Modificar las penas. En este punto considero que el juez de ejecución nunca puede modificar las penas ni los beneficios impuestos en sentencia, puesto que cuando así lo hace modifica la cosa juzgada, que es el punto de partida para la ejecución de la pena.

Por ello, cuando existe condena condicional o un sustitutivo, su actuación deberá ser realizando lo necesario para que los mismos sean factibles para la persona.

La modificación de penas a que nos referimos es otra y consiste en que tratándose de la pena de prisión, corresponde al Juez de Ejecución modificar su duración real a través de los beneficios y derechos establecidos en la Ley Nacional de Ejecución.

Por tanto, el juez debe generar lo necesario para que se acceda a los beneficios generales, que son la libertad condicionada y la libertad anticipada, establecidos en la Ley Nacional de Ejecución para la mayor parte de los delitos, lo que obliga al Juez a precisar en forma clara y de tal manera que el justiciable conozca qué es el plan de actividades, cuál fue el que se precisó para él, qué informes brinda la actividad penitenciaria respecto a su conducta estando interno y a su desarrollo del plan de actividades, cómo se está cumpliendo con el pago de la multa o si existe posibilidad de sustituirla por jornadas de trabajo.

- Garantizar derechos esenciales del sentenciado. Velar porque en el procedimiento de ejecución exista un defensor asignado, que el imputado lo conozca y tenga comunicación real con él, en forma privada fin de presentar los medios de defensa ante la autoridad penitenciaria y los recursos y peticiones ante el juez de ejecución.

Existe el presupuesto fáctico de que quien se encuentra interno no tiene acceso a la justicia igual que una persona que se encuentra libre, lo cual obliga al juez a hacer ajustes razonables y motivar dicha comunicación y poner las condiciones para que el sentenciado pueda ejercer sus derechos.

Esto es, de nada sirve la mejor ley recursal, si no existe la posibilidad práctica de ejercer los medios de defensa respectivos.

Igualmente, la función del juez de ejecución de garantizar los derechos esenciales del sentenciado le generan la obligación de proveer de inmediato lo necesario para suspender de inmediato la afectación grave a los derechos fundamentales de las personas sujetas a una pena o medida cautelar de prisión preventiva, e incluso hacer extensiva su decisión a otras personas que compartan ese estado.

Abundaré más sobre cada una de las facultades indicadas, haciendo referencia a la jurisdicción que corresponde al juez de ejecución tratándose de cada una de esas diversas funciones.

IV.- Competencia jurisdiccional de los jueces de ejecución

En primer lugar, tratándose del procedimiento ordinario de ejecución, el artículo 24 de la Ley establece que es competente para conocer de la aplicación de la pena el juez del lugar donde se encuentre interna la persona.

Este dispositivo no resuelve todos los problemas que resultan de los conflictos entre jueces, puesto que se refiere solamente a los supuestos en que se trata de la pena privativa de libertad o medida cautelar de prisión preventiva, y en ese sentido, de ello deriva que el juez competente es aquél que tiene competencia en el lugar de reclusión.

Sin embargo, en principio, hay dos tipos de jurisdicción de los que no se hace cargo la Ley Nacional de Ejecución, puesto que hay jueces de ejecución federales o jueces de ejecución locales.

¿Es el lugar de reclusión el que establece, entonces, la competencia para conocer de la ejecución ordinaria?, esto es, ¿es competente para conocer de un asunto un Juez Federal, cuando una persona se encuentra interna en un Centro Federal de Reclusión y viceversa?

El artículo 24 de la Ley Nacional de Ejecución que establece que la competencia atendiendo al sitio donde la persona se encuentra privada de la libertad es solo por territorio, sin hacer referencia a que ello también sea aplicable por fuero y se señala que la competencia de los jueces de ejecución se encuentra determinada por su respectiva ley orgánica y las demás disposiciones aplicables.

Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya resolvió el punto, señalando que la competencia entre jueces se define por la autoridad que emitió la sentencia, por lo que son competentes los jueces de ejecución federales para que se ejecute lo referente a las sentencias emitidas por los jueces federales, y lo mismo ocurre con los jueces locales, independientemente de que la persona se encuentre detenida en un centro federal o estatal, destacando que respecto a cuestiones propias de internamiento es competente el juez del fuero al que corresponda el centro de reclusión.

Esa perspectiva resulta por demás relevante, al existir la posibilidad de que sean dos jueces distintos los que conozcan respecto de la situación de un mismo interno.

V.- En resumen

El estado de derecho es fundamental en el desarrollo social mexicano, en conjunto, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial funcionan a fin de que esto se cumpla, de acuerdo a sus atribuciones el poder judicial a través de sus juzgadores establece directrices por las cuales las disposiciones legales se hacen valer de acuerdo al caso concreto; importante resulta que el sistema jurídico mexicano funcione como lo hace cualquier sistema, funciones específicas y detalladas, coordinado y complejo, combinado de partes que lo hacen uno solo.

No obstante, socialmente existe duda del funcionamiento y aplicación de la norma por parte de los juzgadores, envueltos en creencias y dichos que tiene por objeto demeritar su función, sin embargo, a partir de la entrada del nuevo sistema penal acusatorio, con la creación del juez de ejecución, es quien se encarga de la aplicación de la sanción, cumpliendo con los parámetros de regularidad constitucional, se impone una pena la cual puede ser recurrida y en su caso llegar al medio de control constitucional denominado amparo en México.

La pena puede ser vista como la consecuencia jurídica de una persona cuyo actuar fue contrario a lo que establece el orden social. Las penas impuestas deben de ser humanizadas, concientizadas, congruentes con el delito y efectivas, que logren que el sentenciado se considere una persona con derechos y con un valor intangible de su persona, lo que traería consigo que a futuro pueda ser reincorporado a la sociedad de la cual en su momento, rompió la relación de convivencia, siendo un derecho fundamental que así pueda suceder.

He aquí donde radica la importancia de la calidad de los centros penitenciarios, donde se dote a la persona de herramientas que en al momento de cometer un delito no tuvieron, para su incorporación a la sociedad.

Importante es precisar la función del juez de ejecución, separando los procedimientos en ordinario y controversia, el primero dando cumplimiento a lo que se dicte en sentencia o en la medida cautelar de prisión preventiva impuesta, por su parte el procedimiento controversial para resolver cuestiones de afectación a derechos humanos y resolver los recursos hechos valer en contra de las determinaciones administrativas y condiciones del centro carcelario.

Por mandato constitucional, las obligaciones de los juzgadores se traducen en establecer y controlar la duración de la pena, realizar modificaciones a esta y garantizar en todo momento que los derechos esenciales de la persona recluida se hagan valer.

Su actuación está dotada de competencia, misma que le otorga la ley suprema de nuestro país y su ley secundaria, por lo que el conflicto competencial surge por la actuación de jueces federales y locales, sin embargo, dicha cuestión fue resuelta por el máximo tribunal constitucional de nuestro país, estableciendo que la competencia se establece por la autoridad que dictó la resolución que trajo consigo el internamiento de la persona.

Conclusiones

Conforme a los parámetros anteriores, sugiero que el juez de ejecución puede actuar desde dos perspectivas:

• Generando audiencia de inicio de ejecución, en que se dé la oportunidad de que el sentenciado conozca a su defensor, se le indique el plan de actividades y los requisitos para alcanzar los beneficios en ejecución.

Es un derecho de los sentenciados la reinserción social, pero de nada sirve un derecho, si no se tiene la posibilidad de ejercerlo en forma real.

Estas audiencias a su vez sirven para establecer los parámetros reales y otorgar al Juez de ejecución su papel de juez de garantías en el proceso de ejecución, o.

• Si el Centro de justicia no lo permite, o tiene una saturación de audiencias, a través de proveídos de inicio en que exista una constancia de que se le dieron a conocer al sentenciado su plan de actividades, sus derechos y tuvo la oportunidad de designar un defensor, conocerlo y entrevistarse en forma privada con él

Por tanto, la labor del juez de ejecución no es recursal, ya que al corresponderle establecer el *quantum* de las penas su labor mas bien se asemeja a la de un órgano administrador encargado de la ejecución de penas, que tiene parámetros judiciales ya que le corresponde dar cumplimiento a la sentencia que tiene el grado de cosa juzgada, y además tutela derechos de las personas que fueron condenadas.

De ahí que considero que debe darse importancia destacada al juez de ejecución, a su función y actuación, a fin de fortalecer el sistema penal acusatorio, puesto que si la ejecución no es congruente con la finalidad precisa del sistema, se dejará en el olvido un proceso penal garantista, en el que se buscó tutelar los intereses de la sociedad.

Bibliografía

Ferrajoli, L.: Epistemología Jurídica y Garantismo, 5ª edición. Editorial Fontamara; México, 2015. p. 232.

Jakobs; G.: El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal, expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo; Editorial Flores, México, 2015. p 57 a 70.

Naciones Unidas.: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos (reglas mandela). https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf. Consultado el 11 de febrero de 2019.

Olvera López, J.J.: El juez de ejecución en materia penal. En Revista del Institutito de la Judicatura Federal, número 31, 2017 https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/12%20Juan%20José%20Olvera%20López%20Pag%20225-249.pdf. Consultado el 11 de febrero de 2019.

Problemas procesales en materia laboral[1]

Lic. Eugenio Trueba Olivares

Varios aspectos de las reformas introducidas por el legislador al capítulo procesal de la Ley Federal del Trabajo han venido a crear serios problemas de interpretación. Los pruritos chovinistas de peculiar sabor laboral y el celo proteccionista desbordado no han dado los resultados que eran de esperarse.

En prueba de lo anterior -y por esta vez- sólo analizaremos algunos problemas de representatividad.

El artículo 692 dice que las partes pueden comparecer a juicio en forma directa o por conducto de su apoderado. Agrega que la calidad de apoderado se acredita con carta poder o mandato notarial cuando se representa a persona física.

Por lo que ve a personas morales -excepto sindicatos- la disposición mencionada previene en la fracción segunda que el representante deberá exhibir el "testimonio notarial respectivo que así lo acredite", o sea que el mandato deberá constar en instrumento público; pero la fracción tercera permite la representación

1 Publicado en boletín del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. No. 12. OctubreNoviembre 1981; pp. 371-378.

mediante simple carta poder ante dos testigos, bajo la condición de que el firmante de la carta tenga facultades para ello, en cuya virtud a dicha carta han de acompañar los documentos comprobatorios respectivos.

Es evidente que tratándose de personas morales o colectivas, la representación es de suyo algo inexcusable, pues los socios no deben ni pueden actuar multitudinaria ni individualmente. Siempre hay uno o varios representantes inmediatos, que son aquéllos designados directamente por la asamblea o por la Ley. Generalmente hay también representantes mediatos, que son designados por los anteriores, todo lo cual es legal y está permitido por las normas civiles a las que remite en forma tácita el ordenamiento laboral.

El artículo 693 da facultades a las Juntas para tener por acreditada la personalidad de los representantes de los trabajadores y sindicatos, sin necesidad de sujetarse a las reglas del 692, "siempre que de los documentos exhibidos lleguen al convencimiento de que efectivamente se representa la parte interesada". Nos parece que habiendo de por medio tal convencimiento, la misma facultad debería concederse a las Juntas en lo que ve a las otras partes, ya que en esta disposición se delata no un sano espíritu proteccionista, al cual no nos oponemos, sino una nota discriminatoria inexplicable.

El artículo 873 ordena la ventilación sustancial del conflicto en una sola audiencia, pues en ella se lleva a cabo el intento de conciliación y, en su caso, se asume la demanda, se oyen excepciones, se ofrecen y se admiten pruebas, para ello, el 875 divide la audiencia en tres etapas. El sistema no es muy afortunado puesto que

no se !ja tiempo para cada una de ellas. Como las partes son libres de asistir a la etapa o etapas que quieran, se verán en ocasiones obligadas a hacer guardia desde fuera de la audiencia para intervenir en el momento que consideren oportuno.

El artículo 876 previene que en la etapa conciliatoria las partes "comparecerán personalmente, sin abogados patronos, asesores o apoderados".

No deja de sorprender que la demanda la pueda presentar un apoderado, poniendo en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, y que en cambio no pueda estar presente en esta etapa de la audiencia.

¿Será que los asesores y apoderados suelen estorbar la conciliación? ¿Será que en el logro de una conciliación el legislador confió más en la intervención burocrática? ¿Realmente el trabajador ha ganado algo con ello?

Se trata de un afán fallido, aparte de poco técnico. Los apoderados o asesores pueden estorbar o facilitar el arreglo, estén o no presentes. Debemos tomar en cuenta, además, que aunque estuvieran presentes y facultados para hablar, los funcionarios de la Junta vigilarían el desarrollo de la audiencia y no podrían aprobar ningún arreglo que fuese en contra de la ley o que disminuyese las prestaciones a que tuviera derecho el trabajador.

La falta del asesor o apoderado en esta etapa del juicio no ha tenido en la práctica ninguna trascendencia, pues patrón y obrero ignoran generalmente la cobertura de sus derechos o el alcance de sus obligaciones, de suerte que actúan siempre bajo las indicaciones del perito de su confianza. De hecho sucede que el asesor -obligadamente ausente- instruye a su cliente para que en este periodo rechace categóricamente cualquier arreglo.

Si antes o después hay conciliación, ello se debe de todas maneras a la opinión, instrucciones o consejos del asesor. El arreglo se produce en cualquier momento procesal y no pocas veces fuera del ámbito jurisdiccional de las Juntas, mediante el fácil recurso del desistimiento de las acciones. Es motivado casi siempre por esa amenaza insoslayable y bienhechora (o ¿malhechora?) de los salarios caídos. Cuando esta prestación no está en juego las virtudes conciliatorias de las Juntas dentro de la audiencia y de los asesores fuera de ella, desaparecen como por encanto. Ante todas estas circunstancias, ciertas e innegables, ¿qué caso tiene cancelar la asesoría y el ejercicio de los mandatos?. En tratándose de personas morales, la categórica prohibición de la fracción I del artículo 876 jamás podrá cumplirse. En efecto, si una persona moral no actúa a través de un representante, que no es otra cosa que un apoderado, ¿cómo lo hará?. Ya hemos dicho arriba que esta representación es de necesidad normativa, lógica e inexcusable. La prohibición sale sobrando y tan es así que de hecho la Junta acepta en la audiencia a los gerentes, directores o presidentes de consejo, etc. Y tan son apoderados, técnicamente hablando, que tales gerentes, directores o presidentes pueden tener dichos cargos sin que necesariamente actúen en defensa de intereses propios. Casi siempre están representando derechos ajenos.

La fracción VI del 876 dice que si las partes no concurren en la etapa de conciliación, "deberán presentarse personalmente a la etapa de demanda y excepciones".

La redacción de este inciso hace necesaria una recta interpretación. Hemos visto antes que el artículo 692 establece como regla general que las partes pueden comparecer en juicio directamente o por conducto de sus apoderados.

¿Qué alcance tiene la expresión "deberán presentarse personalmente" a la etapa de demanda y excepciones? No ha faltado quien diga que se quiere signi!car otra vez la prohibición de que concurran a esta etapa los apoderados. Tal interpretación nos parece inadmisible por varios motivos:

a).- Porque aludir a una presentación "personal" no excluye la representación, ya que los apoderados también son personas, como es obvio;

b).- Porque no se emplea el concepto de concurrencia directa, que sería el adecuado, ya que la concurrencia por apoderado siempre es indirecta y tan es así que el artículo 692, al distinguir entre ambas, denomina a la del titular del interés "comparecencia directa", no comparecencia personal, expresión esta última que no tiene mayor importancia y que más bien es viciosa;

c).- Porque si se acepta tan errónea interpretación tendríamos que admitir que un apoderado puede preparar, firmar y presentar una demanda, pero que en cambio no puede ratificarla ni modificarla ni precisar puntos petitorios;

d).- Porque si el apoderado puede demandar y hacer valer en nombre de su poderdante una o varias acciones, con todas las consecuencias que de ella se deriven, como por ejemplo interrumpir una prescripción y sentar las bases de la litis, resulta inaceptable que no pueda ratificar y que no pueda replicar ni contra replicar (fracciones II y VI del artículo 878);

e).- Porque si se rechaza la concurrencia del apoderado del actor ausente y el demandado reconviene, se impide la respuesta de aquel, ya que no habrá quien lo represente ni quien solicite plazo para contestar en la forma prevista en la fracción VII de artículo 878;

f).- Porque el apoderado, no obstante haber formulado demanda y haber puesto en movimiento el aparato jurisdiccional, estará impedido de plantear cuestiones que requieren previo pronunciamiento, como la relativa a competencia, que de acuerdo con el artículo 703 sólo debe plantearse en el periodo de demanda y excepciones;

g).- Porque es incomprensible que un apoderado tenga facultades para desistirse en cualquier momento de la acción y en cambio no puede ratificar o modificar la demanda;

h).- Porque resulta también incomprensible que un asesorado pueda confesar y allanarse con la reclamación en cualquier momento y que, en cambio, no pueda comparecer a la audiencia de demanda y excepciones para oponer estas;

i).- Porque si la prohibición de que concurran apoderados y asesores a la etapa de conciliación tuviera cierta justificación a !n de no coartar la espontaneidad de las partes, ese motivo no existe en el periodo de demanda y excepciones, cuando el tribunal requiere de la mayor información sobre las razones que esgriman las partes en conflicto, a fin de que su resolución sea lo más justa posible.

A las anteriores objeciones no se puede contestar arguyendo que el rechazo de apoderados en el periodo de demanda y excepciones solo procede cuando el interesado no ha concurrido al periodo conciliatorio y que tal rechazo es una especie de sanción por dicha ausencia. Esa respuesta no sería admisible. Negar la posibilidad de representación de asesoramiento solo porque no ha habido voluntad de conciliación, estaría fuera de toda razón. Si tal hubiera sido el propósito del legislador, la ley debería haber prohibido también la presencia del apoderado y asesores cuando habiéndose

asistido al periodo conciliatorio las partes se hubiesen negado expresamente a todo arreglo, pues no hay diferencia entre rehuirlo manifiestamente o rehuirlo mediante la ausencia.

Otros argumentos se podrían agregar todavía, pero solamente queremos señalar que las reformas de que nos ocupamos no han beneficiado a nadie y que sólo han complicado el procedimiento con sutilezas técnicas. Es curioso que las ya de por sí sofisticadas reformas conduzcan por obra y gracia de las interpretaciones rebuscadas al formalismo civilista del que aquellas quieren apartarse.

Nos inclinamos a creer que quienes han sufrido las peores consecuencias son principalmente los trabajadores y los pequeños y medianos patrones.

Por lo que ve a la representación de las personas morales se ha llegado a excesos, negándose la representación de apoderados con mandato delegado. Se acepta la concurrencia del gerente o presidente de consejo, seguramente por no considerarlos apoderados, a pesar de que -según se ha visto- necesariamente lo son. En cambio se rechaza al que ostenta mandato perfecto, delegado válidamente por aquellos, en contra de lo dispuesto en la fracción III del artículo 692 e interpretando la primera del 876 no en forma rigurosa sino disparatada.

Las grandes empresas percatadas del riesgo y ante tanto formalismo, pronto hallaron el remedio y empezaron a practicar el juego que les impuso el legislador y las interpretaciones miopes: convirtieron en funcionarios y gerentes a sus abogados.

No pocas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo parecen pensadas para favorecer solo a las grandes empresas, con capacidad suficiente de organización y defensa, las cuales han visto ya caer desde sus altos sitiales a medianos y pequeños competidores víctimas de una legislación que ignora niveles y tamaños y que no discrimina.

El Trabajador, por su parte, de tanto que se le quiere proteger, necesita cada vez más del abogado especializado y advierte que los patrones que pudieran ocupar sus servicios con cierta libertad por no estar atados a las condiciones contractuales de las grandes organizaciones sindicales, lo piensan muy detenidamente, y se niegan a crear plazas con gesto asustadizo, después de experimentar en carne propia o en la del vecino costosos fracasos.

¿Cuándo las leyes laborales tenderán a la coordinación de intereses, a la comunidad de fines y a la asociatividad en vez de acentuar su origen conflictivo y de decaer en tecnicismos populistas que a nada conducen?.

La incapacidad procesal del ministerio público para designar bienes para embargo de deudor ilocalizable

Juez Mtro. Francisco Jaramillo Mejía

Introducción

En el ejercicio de juzgador, he percibido la práctica recurrente del foro, en juicios de naturaleza civil, después de una infructuosa búsqueda del domicilio donde se encuentre un deudor para requerirlo de pago, y en su caso, señalamiento de bienes de su propiedad para garantizar las prestaciones que se le demandan, o bien, a las que fue condenado en sentencia firme, viendo como única opción, solicitar que el requerimiento se realice por conducto del Ministerio Público adscrito a los juzgados civiles, determinándose en algunas ocasiones la procedencia de esta petición y su improcedencia en otras, en distintos juzgados del Estado.

Determinaciones que generan incertidumbre para los justiciables, dado que ante un mismo planteamiento, se asumen decisiones distintas, de ahí la importancia de establecer si es viable jurídicamente realizar ese requerimiento de pago y embargo a los deudores, cuyo paradero no se encuentra, por conducto del Ministerio Público.

No es un tema menor considerando la insuficiente normatividad de la legislación civil vigente en el Estado de Guanajuato, que causa dudas, incertezas y equívocos, desde la petición que se hace, hasta la determinación que asumen los operadores jurídicos sobre su procedencia o no.

I. Capacidad procesal

La capacidad procesal, es la aptitud para comparecer en juicio y realizar válidamente los actos procesales que corresponden a las partes, es decir, todas las personas físicas en pleno ejercicio de sus derechos pueden comparecer en juicio de manera directa, o por conducto de un representante designado voluntariamente.[1]

Carnelutti establece que la capacidad procesal, es la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales, es por tanto, la posesión por el agente de las cualidades necesarias para que un acto (procesal) produzca un determinado efecto jurídico.[2]

El Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, en los artículos 21 al 23, dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; que el mayor de edad, tiene capacidad jurídica para disponer libremente de su persona y de sus bienes, con las limitaciones que establece la ley; mientras que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades conforme a la ley, constituyen restricciones a la capacidad jurídica; sin embargo, podrán ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.[3]

1 Cfr. Ovalle Favela, J.: Teoría General del Proceso.

2 Cfr. Pallares, E.: Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima novena edición. Primera reimpresión. México. 2012; p. 136.

3 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: http://www.congresogto.gob.mx/codigos. Consultado el 23 Agosto de 2019

II. Representación

La representación puede definirse como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra.[4]

En la doctrina[5], la representación se clasifica en directa o indirecta; voluntaria, legal y orgánica:

Es directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero.

Es indirecta, cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero.

Es voluntaria, cuando una persona, en virtud de la libertad y autonomía de la voluntad, faculta a otra para actuar y decidir en su nombre y por su cuenta.

Es legal cuando una persona por ser incapaz, o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales.

La representación orgánica o necesaria, se refiere a personas jurídicas por medio de sus órganos de representación.

Deudor no localizable

4 Cfr. Pérez Fernández Del Castillo, B.: Representación, Poder y Mandato... p. 10 y 11.

5 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: http://www.congresogto.gob.mx/codigos. Consultado 23 agosto de 2019.

En los ordinales 1288 y 1289 de la legislación sustantiva civil para el Estado de Guanajuato, en materia de representación se establece que el que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado; que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.[6]

Mientras que en los artículos 2 y 3 de la ley foral civil del Estado,[7] dispone que únicamente puede intervenir en un procedimiento judicial toda persona, por sí o por medio de las personas que la representen de acuerdo con la ley civil, que tenga interés directo o indirecto en el negocio que amerite la intervención de la autoridad judicial.

Por tanto, las personas físicas pueden actuar en un juicio de naturaleza civil por sí mismas, o bien, por conducto de un representante, designado voluntariamente o legalmente.

6 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato: http://www.congresogto.gob.mx/codigos. Consultado 23 agosto de 2019.

7 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: http://www.congresogto.gob.mx/codigos. Consultado 23 agosto de 2019.

III. La ausencia

En el diccionario jurídico mexicano[8] la ausencia se define como la situación en que se encuentra una persona que ha abandonado el lugar de su residencia ordinaria, y que no habiendo instituido apoderado, se ignora el lugar donde se halla y no se tienen noticias ciertas de su vida o de su muerte.

En un sentido amplio, se dice que una persona está ausente cuando no se encuentra presente en el lugar en el que vive habitualmente. La ausencia en el lenguaje común, es la falta de presencia en un determinado lugar, sin que haya necesariamente duda de la existencia de su persona.[9]

En el ámbito del derecho civil, el concepto de ausencia se adopta un significado técnico muy concreto, pues está ausente quién, además de encontrarse fuera de su domicilio o residencia, ha desaparecido sin dejar noticias, o sin comunicarse con familiares o allegados, transcurriendo tanto tiempo, que surge la duda de si continúa viva o habrá fallecido. Esta ausencia está integrada por dos elementos: incomunicación e incertidumbre, primero, sobre el paradero y, luego, sobre la existencia.[10]

8 Cfr. Carpizo, J.: (director), Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. México. T. I, 1982; p. 229. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1168/9.pdf. Consultado el 10 de octubre de 2019.

9 Cfr. Rams Albesa, J.: (director) Tratado de Derecho Civil persona Física y Familia. Volumen 1, Individuo y persona. 2014; p. 183.

10 Cfr. Rams Albesa, J.: (director) Tratado de Derecho Civil persona Física y Familia…; p. 184.

Luego, jurídicamente ausente es la persona física que desaparece de su domicilio habitual, sin dejar representante legal, ignorándose dónde se encuentra y no exista certeza de que está viva o muerta, en virtud de la falta de noticias de forma prolongada.

Mientras que las personas físicas no presentes, son aquellas que no están en su residencia habitual, pero cuya existencia no se tiene duda alguna.

En la legislación civil vigente en el Estado de Guanajuato, existen diversas disposiciones que utilizan el vocablo "ausente" para referirse a supuestos distintos, esto es, a personas no presentes, a ignorados o personas declaradas formalmente ausentes.

Cuando una persona física ha desaparecido y se ignora el lugar donde se encuentra y quien lo represente, se está en presencia de los ignorados, según lo preceptuado en el ordinal 697 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Sin embargo, no debe confundirse con la no presencia, tan es así que la legislación civil establece un trato diverso.

El artículo 324 del Código de Procedimientos Civiles de la entidad, establece que para llamar a juicio a una persona no presente sin saber dónde se encuentra, la notificación se hará por edictos, éstos contendrán una relación sucinta de la demanda y se publicarán por dos veces consecutivas en el Periódico Oficial del Estado y por dos veces seguidas en uno de los diarios de mayor circulación en el Partido Judicial, haciéndole saber a la persona citada que debe presentarse dentro del término de treinta días contados del siguiente al de la última publicación en el Periódico Oficial.

Mientras que el llamamiento al ignorado, conforme a lo dispuesto en los numerales 697 y 715 del Código Civil, se realiza a través de edictos publicados por dos meses, con intervalos de quince días, en uno de los principales periódicos del último domicilio del ausente, señalándole se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, nombrándose un depositario de sus bienes.

De igual forma, las diferencias de las consecuencias por no comparecer ante el juez, son sustancialmente diferentes; si no acude el no presente, se le tendrá por contestando en sentido negativo los hechos en que se sustenta la demanda en su contra, siguiéndose en su rebeldía el juicio; si el ignorado no comparece, se procederá al nombramiento de un representante, quien será el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene, respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

La ausencia como institución, requiere la actualización de hechos de naturaleza especial, productores de consecuencias específicas. Si no se producen, se actualizarán supuestos diversos, como puede ser ignorar su domicilio para el emplazamiento a un juicio determinado, para realizar algún requerimiento u otro tipo de diligencia jurídica, en cuyo caso debe atenderse a las disposiciones aplicables vigentes al caso concreto, pero no se actualizará la ausencia como institución con todos sus efectos jurídicos.[11]

11 Visoso Del Valle, F. J.: Ausentes e Ignorados, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. 2009; p. 19. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3749/2.pdf. Consultado el 15 de octubre de 2019.

IV. Atribuciones del ministerio público en juicios del orden civil

En la fracción XXI del artículo 24, de la abrogada Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Guanajuato, se establecía que la fiscalía para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tenía la atribución de intervenir conforme a las leyes aplicables en los juicios civiles.[12]

Mientras que el artículo 23, fracción IX, de la vigente Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato[13], dispone que las Fiscalías regionales y especializadas intervendrán en los procedimientos del orden civil, así como de cualquier otra naturaleza en los términos de la normativa aplicable.

Estableciéndose en el artículo 110 del Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato,[14] publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 30 de agosto del 2019, que las y los Agentes del Ministerio Público, además de las atribuciones previstas en la Ley Orgánica, intervendrán en el procedimiento del orden civil, así como de cualquier otra naturaleza en los términos previstos en la ley aplicable.

Por tanto, el Ministerio Público si bien tiene atribuciones para intervenir en juicios de naturaleza civil, su actuar debe sujetarse a la legislación civil aplicable al caso concreto.

Deudor no localizable

12 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: https://www.congresogto.gob.mx/legislacion#reformas. Consultado el 15 de octubre de 2019.

13 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: https://www.congresogto.gob.mx/legislacion#reformas. Consultado el 15 de octubre de 2019.

14 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Guanajuato.: http://periodico.guanajuato.gob.mx/downloadfile?dir=anio_2019&file=PO%20174%202da%20Parte_20190830_1545_3.pdf. Consultado el 15 de octubre de 2019.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 465 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, previo a proceder al embargo de bienes propiedad del deudor, éste tiene que ser requerido, en su domicilio, sobre el monto sobre el cual se decretó aquél, por lo que primeramente se tiene que tener certeza de que el domicilio proporcionado por el ejecutante corresponde al del ejecutado.

En caso de que se tenga cercioramiento de ser el domicilio correcto, pueden actualizarse dos supuestos: el primero, que la parte deudora exhiba el monto decretado como embargo, teniéndose así por cumplida el mismo; y, el segundo, que no se garantice lo reclamado.

Actualizado el segundo de los supuestos referidos, corresponde en primer lugar a la parte ejecutada señalar bienes de su propiedad que garanticen el monto decretado como medida de embargo, de lo cual pueden surgir otras hipótesis, a saber: a) Que el ejecutado señale bienes para embargo en el orden establecido en el numeral 478 del Código Foral Civil y los mismos sean suficientes para garantizar el monto; b) Que el ejecutado señale bienes en el orden establecido en el citado artículo 478, pero los mismos no sean suficientes para garantizar el adeudo; c) Que el ejecutado señale bienes, pero los mismos no se ajusten al orden que se enlista en mencionado dispositivo legal; d) Que el ejecutado se rehúse a señalar bienes para embargo; y, e) Que el ejecutado se encuentre ausente.

Sin embargo, en la legislación civil para el Estado de Guanajuato no existe disposición alguna que permita una vez ordenado el embargo, si no se sabe el paradero del deudor, éste pueda sea requerido de pago por conducto del Ministerio Público, y en su caso, se proceda enseguida al embargo por su conducto.

No existiendo incluso, norma legal que establezca de qué forma se debe realizar el requerimiento de pago al deudor cuyo domicilio no se localiza.

Luego, se puede advertir la existencia de una laguna jurídica sobre el modo de proceder cuando se actualice esa hipótesis.

Situación distinta ocurre en otras entidades federativas, donde sí se encuentra regulada claramente esta cuestión fáctica.

En el artículo 439 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí,[15] se establece que de no saberse el paradero del deudor ni tuviere casa en el lugar, el requerimiento se hará por una sola vez en el Periódico Oficial y otro de los de más circulación, a juicio del juez, y surtirá sus efectos dentro de ocho días.

En el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, artículo 550,[16] ante el mismo supuesto, se hará el requerimiento por dos veces consecutivas de siete en siete días en un periódico de mayor circulación en el Estado y fijando la cédula en los lugares públicos de costumbre, surtiendo sus efectos dentro de ocho días, después de la última publicación.

15 Vid. In extenso: Congreso del Estado de San Luis Potosí.: https://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/unpload/legislacion/codigos/2019/08/Codigo_deProcedimientos_Civiles_29_Jul_2019.pdf. Consultado el 18 de octubre de 2019.

16 Vid. In extenso: Congreso del Estado de Querétaro.: http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/est-leg/codigos/COD006_59.pdf . Consultado el 18 de octubre de 2019.

Mientras que en el artículo 535 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,[17] el requerimiento se hará por tres días consecutivos en el Boletín Judicial y fijando la cédula en los lugares públicos de costumbre, y surtirá sus efectos dentro de tres días.

Estableciéndose en las legislaciones de las tres entidades federativas que, verificado el requerimiento en la forma indicada, se procederá enseguida al embargo.

17 Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.: http://aldf.gob.mx/archivo-ab814182c8da973b9fba2cabed6183b5.pdf. Consultado el 18 de octubre de 2019.

Conclusión

El deudor o ejecutado, cuando no exista restricción en su capacidad de ejercicio, tiene la facultad de hacer la designación de su representante legal, para que por su conducto sea requerido de pago y embargo.

Conforme a las atribuciones conferidas en la legislación civil vigente en esta entidad federativa, el Ministerio Público no tiene capacidad procesal para comparecer en la diligencia de requerimiento de pago y realizar válidamente los actos procesales que corresponden a la parte ejecutada, cuya capacidad de ejercicio no le ha sido restringida.

Lo anterior, al no existir precepto legal alguno en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato que faculte al Ministerio Público para representar a un deudor no presente y cuyo paradero se ignora, y por ende, no es viable jurídicamente que sea requerido de pago por conducto de aquél y en su caso, señale bienes propiedad del deudor para garantizar lo reclamado.

Considero que lo apropiado sería reformar la ley adjetiva civil para establecer de forma clara y concreta, cómo proceder ante tal circunstancia y despejar cualquier incertidumbre en caso de desconocerse el paradero del deudor, a fin de garantizar la operatividad de la norma en cuanto al requerimiento de pago y embargo, salvaguardando el derecho a una tutela judicial efectiva.

Sin embargo, esta solución a la fecha no es viable jurídicamente, al haber determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del Tribunal Pleno, que en virtud de la reforma a la Constitución Federal, publicada el 15 de septiembre de 2017, se confirió al Congreso de la Unión la facultad exclusiva para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar.

Precisándose que derivado de dicha reforma, si bien las legislaciones procesales en materias civil y familiar de las entidades federativas permanecerán vigentes hasta que sea emitido el código nacional de esas materias, los Estados carecen de facultades para legislar sobre el tema.[18]

Bajo este panorama, me dirijo a usted estimado lector para comentarle que no obstante la insuficiencia de la ley en establecer los parámetros para realizar el requerimiento de pago a un deudor ilocalizable, acorde a lo dispuesto por el ordinal 16 del Código Civil vigente en la entidad, corresponde a los juzgadores del Estado, resolver esta cuestión fáctica cuando se presente.

Por lo que atendiendo a lo que establece la fracción IV del numeral 318 de la Ley Adjetiva Civil del Estado, con relación a las diversas disposiciones que regulan el requerimiento de pago y en su caso, embargo de bienes para garantizar lo reclamado, dada su naturaleza, finalidad y trascendencia, válidamente podría realizarse el

18 Determinación asumida al resolver la Acción de inconstitucionalidad 144/2017, promovida por la Procuraduría General de la República, demandando la invalidez de diversas disposiciones de los Códigos Procesal Civil y de Procedimientos Familiares, ambos del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicados en el Periódico Oficial de esa entidad el 22 de septiembre de 2017, mediante Decreto 932.

requerimiento de pago y en su caso, señalamiento de bienes de su propiedad para garantizar lo reclamado, por medio de edictos, salvaguardando la garantía de audiencia y adecuada defensa del deudor no localizable.

Deudor no localizable

Bibliografía

Ovalle Favela, J.: Teoría General del Proceso. Harla. 1991.

Pallares, E.: Diccionario de Derecho Procesal Civil Vigésima novena edición, primera reimpresión. México. 2012.

Pérez Fernández Del Castillo, B.: Representación, Poder y Mandato. Décimo primera edición. México. 2001.

Carpizo, J.: (director), Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. México. T. I, 1982; p. 229. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1168/9.pdf. Consultado el 10 de octubre de 2019.

Rams Albesa, J.: (director) Tratado de Derecho Civil persona Física y Familia. Volumen 1, Individuo y persona. 2014.

Visoso Del Valle, F. J.: Ausentes e Ignorados, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. 2009; p. 19. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3749/2.pdf. Consultado el 15 de octubre de 2019.

Normatividad consultada

Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (hoy ciudad de México)

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Deudor no localizable

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí.

Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato.

Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Guanajuato. (Abrogada)

Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato.

Apuntamientos sobre el interés superior del infante. Un análisis a través del tiempo

Jueza. Mtra. Patricia Ruiz Frías

Introducción

Previamente a que se reconocieran a los derechos del infante[1] en los instrumentos internacionales, los que tenían la edad de 0 a 18 años, eran considerados, a excepción de los llamados emancipados, como seres humanos en crecimiento, sin tener titularidad de los mismos.

Fue en 1989, cuando la Organización de las Naciones Unidas promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño, primer tratado internacional de alcance universal y con fuerza vinculante que regula los derechos humanos relacionados a la infancia. Se destaca el artículo 3° párrafo 1° de la Convención que señala lo siguiente: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones*

1 La palabra infante se utilizará aprovechando el lenguaje inclusivo para referirnos a un niño, una niña o un adolescente, en singular o en plural.

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.[2]

El presente trabajo tiene como propósito hacer un estudio de los antecedentes de la Convención de los Derechos del Niño de Nueva York, así como comprender el trato que se ha dado al infante al estudiar las diversas ópticas históricas de cómo se ha concebido, de manera que se pueda comprender el interés superior del menor a través de todas las épocas y su desarrollo con especial énfasis en su método de aplicación por los operadores jurídicos, y en especial forma, por los jueces en materia familiar, pudiendo ser considerado para los jueces que imparten justicia en materia de adolescentes, incluso para los jueces penales.

A lo largo de la Convención el término "interés superior del niño" se menciona en cinco disposiciones; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de su naturaleza jurídica o respecto a su proceso de aplicación. Lo mismo ocurre cuando se invoca en el artículo 4° de la Constitución Política de México, el interés superior de la niñez, cuando dice: *En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez.*[3] Esta omisión se traduce en la proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término. Esta proliferación no reduce su indeterminación.

2 Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la N ción el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

3 Cámara de Diputados.: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Noveno párrafo del artículo 4°, consultable en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf

Con el propósito de salvaguardar el pleno respeto de la Convención por los Estados Parte, se crea el Comité de los Derechos del Niño, dedicado a supervisar la aplicación de la misma Convención. Luego de 24 años de vacío legal, en el año 2013 dicho Comité, en uso de sus facultades interpretativas, emite la Observación General Número 14° sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*[4] La observación busca resolver precisamente las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del infante. El Comité prevé que *el propósito general de la observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.* Para lo cual se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten. Es decir, la observación parte de la base de que la vía para percibir al infante como sujeto de derechos es a través de una debida atención en su interés superior.

Así, la finalidad de este trabajo es indagar en la repercusión del *cambio de actitud* propuesto por este comité en el ámbito judicial.

Se analizará el proceso metodológico y su problemática por la que se han enfrentado los operadores jurídicos en la utilización del interés superior del niño desde sus inicios como concepto jurídico para así comprender por qué se busca cambiar la situación actual respecto a su aplicación.

4 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013.

Enfoque histórico del interés superior del niño

1. La declaración de Ginebra de 1924

Es la declaración de Ginebra de 1924 el antecedente que dio origen a la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege específicamente los derechos de los niños. Es a través de este instrumento en que se inicia con su protección jurídica.

Tras la primera guerra mundial, millones de niños hambrientos, huérfanos, refugiados o desplazados estaban diseminados por toda Europa. Una mujer, Eglantyne Jebb, luchó con todas sus fuerzas para que los gobiernos y la sociedad tomaran medidas para terminar con esa tragedia. Como ella pensaba, *los niños no son en absoluto responsables de las guerras, y son la mejor esperanza para evitar otra.* Advirtió la necesidad de protección especial para los niños.[5]

Con ayuda de su hermana, Dorothy Buxton, fundó en Londres en 1919, *Save the Children Fund*, para ayudar y proteger a los niños afectados por la guerra. En 1920, esta fundación se organizó y se estructuró en torno a la Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE), con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

El 23 de febrero de 1923, la alianza internacional *Save the Children* adoptó en su IV congreso general, la primera declaración de los derechos del niño, que luego fue ratificada por el V congreso general el 28 de febrero de 1924. En 1923, Save the

5 Cfr. ONG Save the children.: 95 ANIVERSARIO DE SAVE THE CHILDREN De persona comprometida con los niños a fundadora de Save the Children. Eglantyne Jebb consultable en https://www.sav thechildren.es/ sites/default/ files/imce/docs/cuaderno-englantyne-jebb.pdf

Children formuló la declaración, y la envió a la sociedad de naciones y finalmente fue adoptada en diciembre de 1924 por esta última en su V asamblea. Eglantyne Jebb envió este texto a la sociedad de naciones indicando que estaba "convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos."

El 26 de diciembre de 1924, la sociedad de naciones adoptó esta declaración como la declaración de Ginebra. Este es un día histórico, pues es la primera vez que derechos específicos para la niñez eran reconocidos.

La época en que se realiza este proyecto es la de post-guerra que le siguió a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño que fue desatendido en los años anteriores. La declaración de Ginebra de 1924 estatuye lo siguiente: Por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.[6]

Establece: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso

6 Cfr. Bofill, A y Cots J.: La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia. Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona; 1999, passim.

de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Como se puede advertir, esta declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión *el niño debe ser en vez de el niño tiene derecho a*... Además en el preámbulo utiliza la expresión *los hombres y mujeres*... *afirman así sus deberes.* Con lo que se infiere que se trata de una enunciación de obligaciones dirigidas a los adultos a favor de los niños. Se reconoce al niño como objeto de protección y no expresamente como sujeto de derechos.

No obstante ello, históricamente se conoce a la declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

2. La declaración universal de los derechos humanos

La declaración universal de los derechos humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida por más de 500 idiomas.[7]

7 Cfr. Organización de las Naciones Unidas.: Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultable en: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron emitir la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), luego de las atrocidades vividas durante los años de la segunda guerra mundial.

Se interpreta de su contenido que los derechos ahí consignados pueden ser ejercidos por menores de edad, por lo tanto, son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano.

Esta declaración resulta ser un avance para los derechos de la infancia y adolescencia al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos.

Pero la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2º explícitamente un derecho propio del niño: *"2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."*

Los derechos del infante van implícitos en el siguiente artículo de la Declaración: Artículo 26: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo

de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

3. Declaración de los derechos del niño

La asamblea general de la organización de las naciones unidas, proclamó la declaración de los derechos del niño, a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole.

Fue el 20 de noviembre de 1959, cuando se aprobó esta declaración, de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU (organización de las naciones unidas). Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General mediante su resolución 1386.[8]

En esta declaración, ya se reconoce al niño como un ser humano con dignidad. Que es capaz de desarrollarse con libertad.

Cabe destacar que ni la declaración de Ginebra de 1924, ni esta declaración, definen qué período comprende la infancia, cuando empieza y cuando termina.

8 Cfr. Acorde a información recabada de la organización internacional Humanium, consultable en www.humanium.org

El preámbulo de la Declaración dice lo siguiente: *Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.*

Esta declaración contiene derechos adoptados progresivamente de conformidad con los siguientes principios:

Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. Principio 3. El niño tiene desde su nacimiento derecho a un nombre y a una nacionalidad. Principio 4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Principio 5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento

social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular. Principio 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y compresión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de su madre. La sociedad y las autoridades públ cas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios apropiados de subsistencia. Para el mantenimiento delos hijos de familias numerosas, conviene conceder subsidios estatales o de otra índole. Principio 7 El niño tiene derecho a recibir educación, que ser gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades desarrollar sus aptitudes, su juicio individual, su sentido y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho. Principio 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro. Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de mal trato. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral. Principio 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en

un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

4. Convención internacional de los derechos del niño

La convención internacional sobre los derechos del niño fue adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos[9]. Su ratificación por veinte países -el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia- ocurrió en menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la cumbre mundial en favor de la infancia que tuvo lugar en la oficina de las naciones unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un plan de acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la convención internacional sobre los derechos del niño.

A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado, no así los Estados Unidos y Somalia. La convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños, a partir de lo cual, los Estados parte deben seguir con las prácticas y las políticas inscritas en el propio convenio, que tienen como finalidad beneficiar a ese grupo vulnerableque es el futuro del mundo. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los estados parte a la convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

9 Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la N ción el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

La convención incorpora varias novedades. De inicio, el cuerpo legal delimita el concepto 'niño' desde el punto de vista de su edad. El artículo 1º define niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.

En el preámbulo de esta convención se nos recuerda que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todo niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de ello, continúa estableciendo que por las condiciones especialísimas de la niñez, es necesario una normativa que se adapte a sus necesidades e intereses de forma complementaria. Se opta por desarrollar una rama nueva de derecho pero que se desprende de la regla más básica: la dignidad humana. Es decir, los derechos del niño se ligan a los derechos humanos de modo que se logra una protección reforzada. Potenciar una rama jurídica específica que se adapte a la realidad de la niñez implica reconocer al niño como persona humana pero con cualidades únicas, diferentes a las de los adultos. Se trata de contar con una regulación exclusiva que realza las características de los niños, los acerca en igualdad y derechos al resto de las personas.

En este intento de reconocimiento de derechos de los niños, las naciones unidas tiene como propósito, adoptar un instrumento que proporcione una adecuada protección a la población menor de dieciocho años. Se reúne en la convención derechos fundamentales de diversa índole: humanitarios, civiles y políticos, económicos, culturales y sociales. La idea es proteger los derechos de manera conjunta de modo que se alcance un desarrollo holístico de la infancia, lo que se deriva en la satisfacción de todos sus derechos intrínsecos y dado que son de carácter indivisibles e interdependientes, el goce de los mismos sólo será plena si el niño los disfruta como si fueran uno solo.

Reconocer al niño como persona significa identificarlo como sujeto de derecho y no como objeto de derecho.

A fin de evitar escenarios de abuso de los niños, el tratado envuelve medidas que les permiten el disfrute efectivo de sus derechos. Por su parte, la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) desarrolla esta idea en la Opinión Consultiva Nº17.

Para los efectos de esta opinión consultiva, *niño o menor de edad* es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, y que es de opinión los siguientes puntos:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección.

2. Que la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que esta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no solo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los estados partes en la convención americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter–individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial– doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso

observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.[10]

10 Cfr. Corte Interamericana de derechos humanos: Ficha técnica. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

II. Miradas históricas sobre la infancia

Para comprender como ha surgido el reconocimiento del interés calificado como superior de un infante, es preciso revisar cómo ha sido conceptualizado en cuanto a constituir sujeto o no de derechos humanos, durante todas las épocas.

1. La óptica de la indiferencia

Es la visión que se traduce en conceptualizar al infante, como propiedad de la familia o de los adultos de quienes depende por ser su hijo, pupilo o dependiente, como si fueren cosa. Al infante no se le reconoce cualidades especiales distintas al de un adulto, ni titular de derechos. Se le considera como un ser que se mantiene al margen, que obedece indicaciones y que es sujeto de ser corregido con o sin mesura por sus padres o custodios.

Aquí la obligación del Estado se genera únicamente en el conocimiento de que los niños existen, que están en crecimiento, más no precisamente en formación, que existen deberes de los padres en cuanto a ellos, sin que ello implique que tengan derechos y que a los 18 años serán adultos.

A través de esta conceptualización, no se hace un trato diferenciado y el infante queda excluido de todos los derechos que le corresponden, no teniendo acceso a los mismos, pues le resultan inaccesibles e inadecuados.

Para comprender esta manera de visualizar al infante y el trato que se le da, podemos ejemplificarlo con un divorcio por mutuo consentimiento en el que los padres al momento de solicitarlo y adjuntar el convenio, únicamente estipulan cláusulas relativas a una pensión alimenticia a favor de la ex cónyuge y a los bienes habidos

dentro del matrimonio, sin señalar que tienen hijos menores de edad y que el juzgador les requiera que lo aclaren, o bien, mienten aludiendo que no procrearon hijos, por lo tanto, no proponen ninguna cláusula que concierne a los derechos de sus hijos, no obstante que si los tienen.

Por lo que ante tal solicitud se le da entrada y trámite al divorcio, celebrándose la audiencia de juicio y con ello, el dictado de la sentencia que declara procedente el divorcio.

Y así, aprobándose el convenio, quedando únicamente como materia de acceso a la justicia, los derechos de los adultos y formando entonces este convenio en esos términos, como parte integrante de la sentencia que, en su caso, es la que definiría el divorcio. En este caso, los niños se convierten en seres invisibles.

2. La óptica tutelar

Siguiendo con esta óptica, se reconoce una diferencia entre el adulto y el infante, pero solo en el aspecto de las carencias. El niño es visto como un adulto en formación, un niño carente. El niño es objeto de protección y noc mo un sujeto de derecho. El niño mientras está bajo la protección de los padres o custodios de su red familiar, que pueden ser, sus abuelos, hermanos o tíos, está prácticamente bajo su cargo.

El Estado tiene la obligación de intervención únicamente si existe alguna *situación disfuncional o situación irregular* en esa relación entre el niño con sus padres o con sus custodios. O bien, cuando los niños se han quedado sin familia, y en ese

supuesto, el Estado tiene el deber de sustituir la función familiar para ejercer en el infante una función tutelar. Su relación con la infancia es discrecional, basada en el *qué es lo más conveniente para el niño* y no así en observar todos sus derechos.

Por ejemplo, bajo este esquema, cuando un niño se queda sin padres y ninguno de los miembros de su red familiar no es apto para ejercer la guarda y custodia sobre el mismo, se le institucionaliza sin visualizar en donde ni en compañía de quien estará, únicamente incorporarlo y dejarlo a cargo del titular de la institución, conviviendo incluso con otros niños con necesidades distintas o en situaciones riesgosas o peligrosas.

El código civil del estado de Guanajuato, establecía como regla en su artículo 468, que en los casos en que un infante se quedaba sin sus padres por fallecimiento o por pérdida de la patria potestad, primeramente los abuelospaternos eran los privilegiados, o bien, los obligados, para hacerse cargo del niño, ejerciendo la patria potestad, en segundo término, los abuelos maternos, como una disposición positivista, que se tenía que aplicar en automático, a rajatabla sin tomar en consideración un abanico probatorio para acreditar la idoneidad de ellos, tanto en el aspecto de la edad, así como los ámbitos psicológico, económico y de identidad entre los abuelos y el niño; ni menos aun escuchándolo.[11]

11 Cfr. Cámara de Diputados del Estado de Guanajuato: Código Civil de la entidad; disposición anterior a la reforma del Código publicada en el Periódico Oficial del Estado, el 21 de diciembre del 2001.

Los niños y jóvenes, siguiendo con esta óptica, aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino solo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los menores.

Al respecto, se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como *menores en situación de riesgo o peligro moral o material, o en situación de riesgo o en circunstancias especialmente difíciles* o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los menores al sistema de justicia especializado.

Sobre este punto es interesante señalar que las leyes de la situación irregular no solo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, se agrega una cláusula que establece que se encuentra en esa situación todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida según los parámetros del juez de quese trate.

Las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención de los Derechos del Niño, pertenecieron a lo que se ha dado en llamar la *doctrina de la situación irregular.* A partir de estas leyes, se conceptualiza a los niños y a los jóvenes como objetos de protección, una definición basada en el hecho de que los infantes *no saben, no tienen o no son capaces.*

El sistema de la situación irregular refleja, criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción se deriva, por ejemplo, un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas para los infractores *(o potenciales infractores)* de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.

Se parte de la teoría del castigo y tal justificación dio paso a categorías de *menores en circunstancias especialmente difíciles o en situación de disfunción familiar.* El hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud solo reproduce y amplía la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención *protectora* del Estado.[12]

3. La óptica de los derechos

En esta óptica se contempla al infante no solo como un objeto de protección, sino como un titular de derechos. Se parte del reconocimiento de todos sus derechos fundamentales y los especiales, propios de su edad, de persona en desarrollo.

La obligación del Estado, se concretiza en reconocer precisamente que el infante requiere de la presencia y mediación de un adulto que se encargue de sus cuidados inmediatos, de orientarlo y atenderlo, de protegerlo contra toda forma de abuso, tratarlo con respeto a su dignidad y orientarlo, a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de otras personas.

12 Cfr. UNICEF.: Justicia y Derechos del Niño, Número 9; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago de Chile. Noviembre, 1999.

En materia familiar, por ejemplo, en un asunto de custodia de un infante, el juzgador debe de considerar todo el abanico de las pruebas del juicio para acreditar la idoneidad de los padres, su escucha y dictar todas las medidas encaminadas a salvaguardar sus derechos o restituirlos.

4. Observación general número 14

Es a partir de la observación general número 14 del comité de los derechos de los niños, basada en el artículo 3.1 de la convención de los derechos del niños, en que se parte de la idea de que la vía para percibir al infante como sujeto de derechos es a través de una debida atención a su interés superior.

El comité de los derechos del niño, como órgano que supervisa la aplicación de la convención sobre los derechos de los niños, publica sus interpretaciones sobre las disposiciones del cuerpo internacional en la forma de observaciones generales.[13] En virtud a esta facultad, en el año 2013, el comité publica la observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.[14]

El solo hecho de existir esta observación da cuenta de los problemas que han tenido los Estados Partes para aplicar el concepto en cuestión. Claramente el problema radicaba en que hasta esta observación, el comité había guardado silencio respecto a la naturaleza jurídica del interés superior del niño y la forma en que debía aplicarse.

13 Cfr. El Centro de Investigaciones Innocenti.: define las Observaciones Generales como interpretaciones que realiza el Comité sobre las provisiones y principios de la Convención en conformidad a su experiencia de vigilancia y monitoreo.

14 Cfr. Comité de Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013.

El comité puntualiza que el objeto de la observación general N°14 es garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño, definiendo los requisitos para su debida consideración. De esta forma se pretende promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como personas humanas con dignidad.

Después de 24 años de que fue emitida la convención de los derechos de los niños, dicho comité, en búsqueda de resolver las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del infante, prevé que *el propósito general de la observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.* Para lo cual, como ya se dijo, se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten.

La convención de los derechos de los niños, se promulgó en una época donde las ideas doctrinales de la "situación irregular" eran generalizadas, por lo que no era posible prever los efectos que los novedosos conceptos tendrían en las legislaciones de los estados parte. A pesar de declarar el interés superior del niño como principio fundamental, su concepción –y por ende su aplicación– no fue específica. Precisamente la inexistencia de una regulación específica permitió que varias tendencias enriquecieran el concepto. Como se desprende de lo recientemente expuesto las funciones adscritas al interés superior han variado con el tiempo.

A modo de ejemplo, en un comienzo se estimaba que el interés superior tenía valor en sí mismo como principio; sin embargo, a lo largo de los años se concluyó que un valor abstracto no permite velar por la individualidad de las circunstancias por lo que era necesario hallar el interés superior del niño en forma concreta.

En este sentido, el comité decide emitir este nuevo documento donde re-establece la naturaleza jurídica del interés superior del niño, pero esta vez, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, adecuándose con las exigencias de la práctica judicial.

El comité aprovechó la riqueza de aquellas conclusiones para afirmar que el interés superior del niño es un concepto triple, en cuanto tiene la dimensión de un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y la de una norma de procedimiento.

En palabras del comité es un derecho sustantivo en tanto el niño tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que debe evaluarse y tomarse en cuenta al sopesar distintos intereses y la garantía que ello se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño.

El interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental, en tanto se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva aquél interés. Esta identidad es la más investigada por la doctrina ante la afirmación del comité sobre el lugar del interés superior como principio fundamental de la convención.

La tercera dimensión es como norma de procedimiento en cuanto a que siempre que se tenga que tomar una decisión que incida en la esfera de un niño, en un procedimiento judicial o administrativo, se debe de adoptar aquella decisión más benéfica para el niño interesado.

Por último, el organismo recalca que para dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: (a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, (b) El

reconocimiento de los niños como titulares de derechos, (c) la naturaleza y alcance globales de la Convención, (d) La obligación de los Estados partes a respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención, (e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño.

La dificultad de definir el interés superior del niño en el caso concreto se explica por los múltiples elementos a considerar –entre ellos– los deseos y derechos de otras personas que rodean al niño, niña o adolescente. Es por esto que para una correcta identificación de los derechos y principios a analizar, es importante pormenorizar los intereses de aquellos involucrados distintos a la persona del niño. En este sentido es de puntualizar que el interés superior del niño es un elemento fundamental a considerar, pero no único o exclusivo. Por ejemplo, cuando el interés del niño se ve confrontado al interés familiar no se trata de que un interés prime sobre el otro, sino que manifiesta la importancia de lograr una conjunción dialéctica en la cual el individuo tome en cuenta en su acción no solo sus propias necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de los otros integrantes de la familia, aquí se aplica entonces el primer interés en forma que no perjudica a los otros intereses, sino que se armonizan.

El comité de los derechos del niño también establece que los conflictos tienen que resolverse sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes para encontrar un compromiso adecuado.

Satisfacer estos principios implica que el interés del niño debe primar por sobre el de los adultos en conflictos donde no se puede alcanzar una solución armónica. El objetivo de posicionar el interés del niño por sobre otros es un mecanismo de especial protección, pues es necesario recordar que ante un conflicto jurídico el niño

intervendrá solo ejerciendo su derecho de participación, sin embargo, no tendrá la posibilidad de aportar prueba o dirigir el proceso. Es más, la demanda judicial no la iniciará el niño quienciertamente se verá comprometido por la decisión.

5. Tesis de jurisprudencia sobre el concepto de interés superior del infante

Analizaremos una tesis de Jurisprudencia de la décima época, emitida por la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación, que encuentra vinculación con el concepto de interés superior del niño, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, tesis 1a./J. 44/2014 (10a.), página: 270, del tenor y contenido:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona

intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa zona intermedia, haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.

Es de resaltar varios puntos de análisis de esta tesis obligatoria para las y los juzgadores, en relación con lo anotado en los títulos que preceden a éste:

1. La tesis es de tinte positivista, ya que no hace referencia a tratado internacional alguno vinculante al tema y refiere que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado.
2. Visualiza al interés superior del niño como un *concepto jurídico indeterminado.*
3. Se reconoce la dificultad en cuanto a su aplicación.
4. Realza la importancia de averiguar en qué consiste el interés superior del menor.
5. Establece que puede ser determinado este concepto a partir del caso concreto.
6. Que por ser un concepto indeterminado, se debe de estructurar en varias zonas, distinguiéndose tres, la primera, que es la zona de certeza positiva, la segunda, que consiste en una certeza negativa y la última, que es la zona intermedia en la que para poder delimitar el concepto, deben de tomarse en consideración las condiciones particulares o familiares del niño.
7. Que tales criterios relevantes que sirven para poder determinar el interés superior del niño, son: La satisfacción no solo de necesidades básicas sino también de necesidades espirituales, afectivas y educacionales, igualmente, la opinión del infante, y; la mantención de la situación o status quo material y espiritual del menor.
8. Para poder aplicar al caso concreto, la tesis considera la importancia de enfrentar a dicho interés con otros en conflicto.

9. Se deben de valorar las circunstancias específicas de cada caso para llegar a una solución estable, justa y equitativa para el menor.

10. Esta tesis sí aplica lo dispuesto por la Observación 14 referida en líneas arriba, cuando refiere que el interés superior del niño debe primar frente a los demás derechos.

11. Establece la concordancia, la interpretación conforme y el principio pro niño.

Conclusión

Ha sido progresivo el reconocimiento de los derechos fundamentales del infante, por virtud de su dignidad humana intrínseca, en armonización con los derechos de todos los miembros de la familia.

Entonces por tratarse de personas con dignidad, su derechos están reconocidos por la declaración universal de derechos humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales establecen que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sin embargo, por sus características especiales, los derechos del niño en específico están contenidos en la convención de los derechos del niño en la que se prevé el interés superior del menor. En este tenor es claro que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

Y como la familia, es catalogada como grupo fundamental de la sociedad y por ello, un medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La protección especial para el infante ha sido enunciada en la declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la declaración de los derechos del niño adoptada por la dsamblea general el 20 de noviembre de 1959. Mientras que en la convención de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, además de la protección especial, ya se habla de los niños como titulares de derechos.

Es la observación 14 del comité de los derechos del niño, el instrumento internacional parte aguas en materia de derechos de los niños. Tiene como propósito que la aplicación del interés superior del menor sea aplicado en todos los asuntos judiciales o administrativos en los que se deben de tomar decisiones, de acuerdo a las características especiales de cada caso en particular.

Hablar de derechos fundamentales del infante y su interés superior, no es posicionarnos en una postura positivista, en espera de encontrar una disposición legal que prevea para un caso concreto, la forma en cómo debe aplicarse éste.

El objetivo de la señalada observación general es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los niños, niñas y adolescentes separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros factores para conseguir que estos niños, niñas y adolescentes tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos.

Ahora con la tesis de jurisprudencia que se analizó, estamos en retroceso, pues se analiza al interés superior del menor como un concepto indeterminado, contrario a la intención de la observación mencionada.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

Bofill, A y Cots J.: La declaración de Ginebra.: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia. Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona; 1999.

Cámara de Diputados del Estado de Guanajuato.: Código Civil del Estado de Guanajuato

Cámara de Diputados.: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Noveno párrafo del artículo 4°, consultable en http:// www. ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf

Centro de Investigaciones Innocenti.: definición de las Observaciones Generales.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. "Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial". Mayo 2013.

Comité de Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. "Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial". Mayo 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.: Ficha técnica. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

Organización de las Naciones Unidas.: Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultable en :https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Save the children ONG.: 95 ANIVERSARIO DE SAVE THE CHILDREN De persona comprometida con los niños a fundadora de Save the Children. Eglantyne Jebb consultable en https:// www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/cuadernoenglantyne-jebb.pdf

UNICEF.: Justicia y Derechos del Niño, Número 9; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago de Chile. Noviembre, 1999

Reformas al Código Civil del Distrito Federal. El Domicilio Conyugal[1]

Lic. Eugenio Trueba Olivares

El Código Civil del Distrito Federal ha sufrido reformas de importancia en el capítulo de lo familiar. Una de ellas se re relación con la obligación de los cónyuges de vivir juntos, !ere al concepto de domicilio conyugal (artículo 163). En se considera como su domicilio "el lugar establecido de común acuerdo para los cónyuges".

Esta forma tendiente a evitar la preponderancia de un cónyuge sobre el otro, a pesar de su buena intención, puede dar lugar a problemas serios en la práctica.

El acuerdo de voluntades siempre será algo contingente, enmarcado dentro de los actos de libertad. Obviamente no se puede hablar de consentimientos obligatorios. La no coincidencia de parecer o la no adhesión de un parecer a otro, no es jurídicamente reprochable. Cuanto esto sucede y no surja el acuerdo, a ninguno de los dos cónyuges se les podrá imputar conducta irregular o ilícita. En tal evento, perfectamente posible ¿desaparece el domicilio conyugal? Y si de hecho, ante el desacuerdo, los cónyuges llegasen a vivir separados, ¿cuál de los dos violaría la obligación de vivir juntos? Hay

1 Publicado en boletín del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. No. 28 Junio-Julio de 1984; pp. 220-224.

incongruencia en el texto, puesto que el deber de convivencia bajo el mismo techo reclama el hogar común. Sin embargo, esto último queda confiado al mutuo acuerdo, que implica la no obligación de ajustarse a la voluntad de otro, con lo cual se desvirtúa el imperativo.

Si el domicilio conyugal depende de un convenio, este podrá ser objeto de prueba. Lo primero que se ocurre es invocar la circunstancia de la concurrencia de los dos cónyuges en un mismo hogar. El problema surgirá cuando sobrevenga una separación debido precisamente al desacuerdo. En este caso ¿quién abandona a quién? La separación, quien quiera que incurra en ella, no podrá calificarse de injustificada ni será causal de divorcio, aunque con ella se afecte sustancialmente el matrimonio.

Y en el caso de que se produzca el acuerdo, cabe preguntar: ¿Subsiste indefinidamente o es temporal? La adhesión de una voluntad a otra ¿es irrevocable? En la práctica es frecuente la renuncia de alguno de los cónyuges de seguir al otro, sobre todo cuando el cambio de residencia implica cambio de ciudad, de ambiente familiar, amistoso, cultural, económico, etc., muchos con"ictos se han dado por estas circunstancias. Incluso sucede que aquel cónyuge que provee al sostenimiento del hogar tenga que mudarse de domicilio por razones de trabajo. Abundan las ocupaciones que no garantizan estabilidad de la persona en un mismo lugar. Si el otro cónyuge no sigue al que deja el domicilio que antes se había establecido bilateralmente, ¿será culpable de abandono para todos los efectos legales, aunque su mudanza este plenamente justificada?

Se dirá que son demasiadas especulaciones. Pero no. La experiencia jurisdiccional nos muestra que las desavenencias conyugales están lejos, desgraciadamente, de tener carácter excepcional y que estas pueden alcanzar relieve de trascendencia. Una

condición tan fácil de no darse, sin temor a la ilícitud, como es el acuerdo sobre el domicilio, puede traducirse en un buen motivo o -lo que es peor- en un buen pretexto para allanar el camino de la separación y con ello el abatimiento del matrimonio.

Las disposiciones generales sobre domicilio han quedado vigentes y el concepto alude al lugar donde se reside con propósito de permanencia (artículos 29 y 30). Este concepto no choca con el de domicilio conyugal, excepto si hubiese separación por causa de desacuerdo. Pero aparte del domicilio natural, la ley habla de domicilio legal. Así, por ejemplo, el domicilio de los menores es el de la persona o personas a cuya patria potestad están sujetos; el de los militares, el lugar al que han sido destinados; y el de los empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses (artículo 32).

Bajo el supuesto de desacuerdo, se generara una situación con"ictiva para los menores, ya que ambos cónyuges ejercen la patria potestad. ¿A cuál de sus padres deben seguir? Si un militar o un empleado público se ve obligado a cambiar de domicilio, el otro cónyuge, hombre o mujer, ¿deberá soportarlo aunque no quiera? ¿Hasta dónde llega la libertad de autodeterminación que el nuevo texto del artículo 163 concede a los dos esposos? ¿El cónyuge que se ve obligado a mudar domicilio por razón de su trabajo deberá renunciar a !n de mantener el hogar conyugal cuando el otro no consienta en seguirlo?

El artículo 109 faculta al deudor alimentista a cumplir con su obligación incorporando al acreedor a la familia. Si este se opone a la incorporación el juez !jará la manera de ministrar los alimentos. Cabe preguntar si el juez debe decretarlos y el deudor cubrirlos aún en los casos en que se invoque como causa de la oposición el desacuerdo sobre el domicilio. Este lícito motivo de la negativa a la incorporación

¿suspenderá las obligaciones alimentarias? Parece que si pues el artículo 310 niega al deudor la facultad de exigir la incorporación cuando hay inconveniente legal para ella y el desacuerdo sobre el domicilio no es un hecho ilegal sino permitido por el artículo 163 ¿Se suspenderá, pues, la importantísima obligación de dar alimentos al cónyuge que no se adhiere al parecer del otro sobre el domicilio? Si hay menores; ¿estos resentirán la falta de alimentos tan solo porque sus padres no llegaron a un entendimiento?

Las interrogantes planteadas seguramente admiten respuesta mediante una práctica interpretativa cuyo rumbo no puede ser previsto fácilmente. Debe admitirse que la reforma no resulta afortunada y que el interés público sobre la conservación de la institución matrimonial y el bien de los hijos se ve afectado. Se sobrepone a dicho interés un prurito igualitarista para que ninguno de los dos cónyuges quede en situación de inferioridad respecto del otro, aunque esto ofrezca mayores riesgos para la estabilidad familiar. La contingencia del mutuo acuerdo crea estos nuevos riesgos.

El artículo 168 del Código Civil que se comenta dice que tanto el hombre como la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones Reformas al Código Civil del Distrito Federal. El Domicilio Conyugal iguales y que, por tanto, resolverán de común acuerdo “todo lo conducente al manejo del hogar”. Agrega que en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar, resolverá lo conducente.

En la práctica este tipo de disposiciones no funcionan ni evitan los problemas. Plantear ante un tribunal un caso de desacuerdo para lo cual tendrán que seguirse todos los trámites legales, que pueden durar años, no es la solución. Cuando por fin se resuelven; mientras se agotan los recursos y hasta el amparo ¿qué sucederá con la obligación de los cónyuges de vivir juntos? ¿Con quién permanecerán los menores?

¿Se suspenderá la obligación de cubrir alimentos hasta que el juez resuelva? Si el desacuerdo motiva separación y el juicio se prorroga más de dos años, ¿se surtirá la nueva causal de divorcio de la fracción XVIII del artículo 267?

Como puede apreciarse las interrogantes se multiplican y la salida del artículo 168 no parece muy atractiva.

El simple hecho de tener que recurrir a un tribunal para averiguar cuál es o debe ser el domicilio conyugal, resulta un recurso bastante lamentable y en la práctica de poca o nula utilidad.

Nada tenemos contra el igualitarismo, pero la verdad es que en el matrimonio, como en toda institución plurilateral, las jerarquías se necesitan. En la fijación de un domicilio familiar intervienen muchos factores, no solo la voluntad de los cónyuges. Entre otros, se halla el relativo al lugar de trabajo del cónyuge que aporte en mayor proporción los recursos para el sostenimiento de la propia familia, en cuyo caso parecería que debería prevalecer su decisión, sea hombre o mujer. Quizás esta solución fuese más adecuada.

Las leyes en vigor para el tratamiento de los menores que incurren en hechos tipificados como delitos, resultan en no pocos aspectos violatorios de sus garantías personales y los sujetan a procedimientos que en la práctica pueden ser más enérgicos que en los aplicables a los mayores. No se pone en tela de duda la buena intención de esas leyes, pero creemos que su espíritu protector y educativo no debe dar lugar al desconocimiento de beneficios que no se niegan a los mayores.

Hasta ahora no es posible hallar ningún argumento digno de consideración que excluya válidamente a los menores de las garantías constitucionales.

Aunque no es posible generalizar, pueden señalarse algunas de las situaciones objetables que con mayor frecuencia propician estas legislaciones:

-Sujeción del menor al procedimiento aplicable sin previa denuncia ni averiguación y sin que se haya pronunciado en plazo perentorio resolución técnica y debidamente fundada sobre la existencia del hecho delictuoso y la probable autoría, la cual, obviamente debería ser emitida por un perito en Derecho que guarde absoluta independencia de la institución que, en su caso, aplicará las medidas de readaptación o educación.

-Falta oportuna de asesoramiento por un defensor, consejero gestor, de o!cio o particular que lo auxilie desde los primeros trámites.

-Sujeción del menor al procedimiento de readaptación aun en los casos de acciones meramente culposas, preterintencionales o por hechos que requieren querella para sí: persecución.

-Internamiento o reclusión física del menor aún en los casos en que un reo mayor de edad tendría derecho a la libertad caucional.

-Posible prolongación del internamiento más allá de lo que sería el promedio de la pena corporal en el caso de los imputables.

-Falta de recursos contra las resoluciones del Instituto, Consejo o Tribunal de Menores.

La excesiva discrecionalidad que las leyes de menores conceden a las autoridades encargadas de aplicarlas no es censurable en sí misma, pero debe admitirse que en tales facultades por ningún concepto deben desbordar situaciones límites ni privarlos de aquellos bene!cios que se conceden a los mayores. Deben, pues, encuadrarse las facultades abiertas dentro de ciertos márgenes, sobre todo cuando el menor amerita internamiento. El alegato de que el internamiento del menor no signi!ca privarlo de su libertad, no es atendible, pues por optimas que sean las condiciones del establecimiento donde se le recluya siempre se verá privado sus derechos de disposición de sí mismo, es decir, se le estará afectando en su libertad.

Es verdad que los problemas de los menores infractores ameritan intervención especializada educativa, médica, psicológica, etc., pero es imposible negar sus aspectos fundamentalmente jurídicos. Independientemente de su falta de responsabilidad, se ventilan asuntos de índole criminal y es poco explicable que el Poder Judicial se halle generalmente al margen de ellos.

Otro problema vinculado con menores infractores es el relativo a la edad. En lo federal, en el Estado de México y en el Distrito Federal se !jan 18 años como mínimo para considerar como imputable al sujeto. En Zacatecas, 17 años; en Guanajuato, Durango, Veracruz, Yucatán, Puebla y Michoacán, 16 años. En Nayarit, 15 años, etc. Basta, por ejemplo, que una persona mayor de 16 años pero menor de 18 que haya cometido un delito en el Estado de Guanajuato se refugie en el Distrito Federal para que no se le pueda extraditar.

Consideramos que cualquier límite que se adopte siempre será más o menos arbitrario. Si así es y si las costumbres, idiosincrasia y ambientes no presentan en nuestro país diferencias mayores que las que ya se dan entre individuos de una misma ciudad o región resultaría conveniente que en todos los Estados y en el Distrito Federal se adoptara la misma edad.

El artículo 18 de la Constituci6n Federal previene que la federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los artículos 64 a 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se ocupan de esta materia. El Código Federal de Procedimientos Penales previene en su artículo 500 que en aquellos lugares en que la Federación no tenga esos establecimientos, serán las autoridades locales las que se encarguen del procedimiento, pero aplicando la legislación federal. Aparte de que en este punta el Código en cuestión resulta inconstitucional, puesto que el Congreso de la Unión no tiene facultades para imponer este tipo de obligaciones a los Estados, y tomando en cuenta que la Federación no ha proveído a cubrir esta necesidad en la mayor parte de los Estados, resulta imposible aplicar la legislación federal de menores, que establece normas y órganos no contemplados en lo local, quedando el menor sujeto a prácticas no autorizadas.

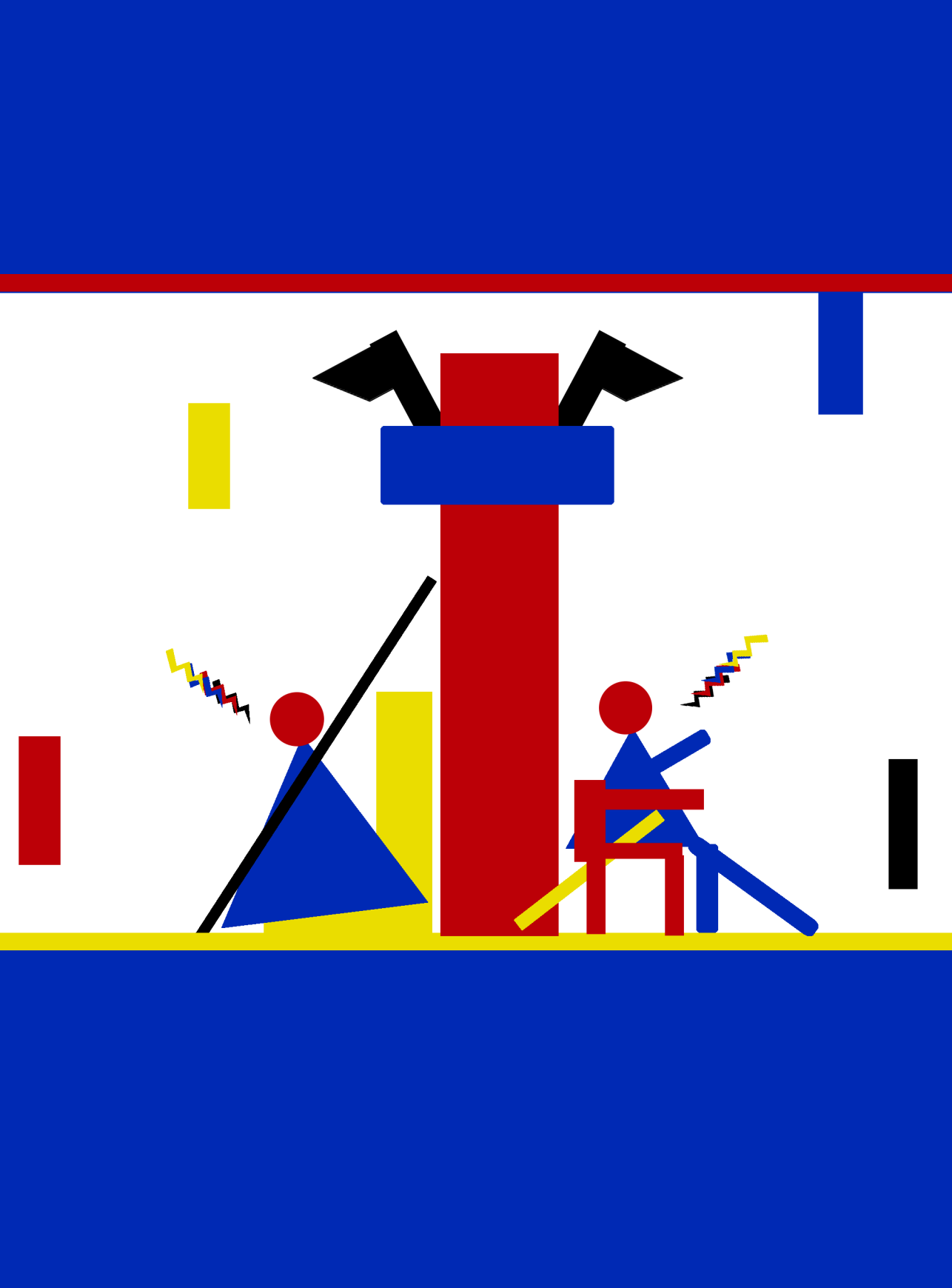
Por lo anterior resultaría conveniente:

a).- Que en cada Estado y en el Distrito Federal se revise la legislación de menores respetando claramente sus garantías constitucionales, corrigiendo, entre otras cosas, situaciones como las arriba señaladas.

b).- Que al hacerse dicha revisión se conceda la mayor importancia a los aspecto jurídicos del procedimiento y que las instituciones encargadas de aplicar la ley formen parte del Poder Judicial conforme a una adecuada reglamentación.

c).- Que se establezca la misma edad límite en todas las legislaciones.

d).- Que la Federación provea al debido cumplimiento del mandato constitucional y en el peor de los casos se enmienden las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales para hacer operable la actuación de los institutos locales en defecto de aquella.

Cómo citar esta obra:

(Apellidos), (nombre del autor): (nombre del articulo). En compendio tematico del investigaciones juridicas. Segunda edición digital. Gilberto Martiñon Cano (director). Rafael Rosado Cabrera (coordinador). Editorial poder judicial del estado de Guanajuato - Mexico. 2023; p (pp).